وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الحاج لخضر- باتنة-
كلية الحقوق
قسم العلوم القانونية

الشكلية الرسمية
في السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة
على ضوء التشريع و القضاء الجزائري

مذكرة

مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري

إعداد الطالبة:
عثامنة وهيبة

إشراف الدكتورة:
زرارة صالحي الواسعة

لجنة المناقشة

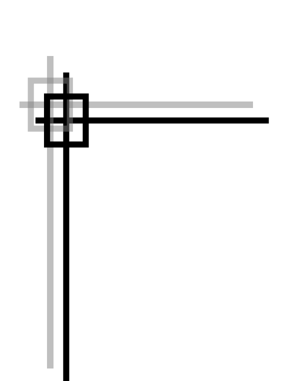
1- الأستاذ الدكتور راشد راشد	أستاذ التعليم العالي جامعة قسنطينة	رئيسا
2- الدكتورة زرارة صالحي الواسعة	أستاذة محاضرة جامعة باتنة	مشرفا و مقررا
3- الدكتور قريشي علي	أستاذ محاضر جامعة باتنة	عضوا
4- الدكتورة رحاب شادية	أستاذة محاضرة جامعة باتنة	عضوا

السنة الجامعية 2009/2008

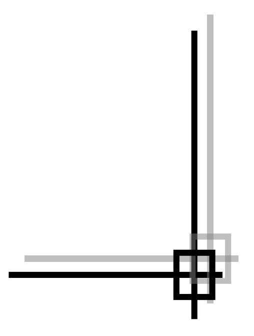
شكـــــر

بعـد شـــكر الله عــز و جــل و مــن بعــده والــدي الكــريمين.أتوجــه بشــكري، الخــالص للــدكتورة زرارة صــالحي الواســعة التــي شــرفتني بالعمـــل تحـــت توجيهاتهـــا، و لكـــل أســـاتذتي و بـــالأخص الأســـتاذ الدكتور زرقين رمضان.

كمــا أتوجــه بالشــكر الجزيــل لأعضــاء لجنــة المناقشــة الأســـتاذ الـــدكتور راشـــد راشـــد، الـــدكتور قريشـــي علـــي و الـــدكتورة رحـــاب شـــادية ، دون أن أنســـى كـــل مـــن ســـاعدني فـــي إنجـــاز هـــذه الدراسة.



مقدمة



مقدمـــــــــــة

من أجل معالجة الفراغ القانوني الذي تركه الاحتلال في مجال إثبات الملكية العقارية، وضبط الوعاء العقاري وحصر أنواع الملكية التي يتضمنها وكذا إرساء سياسة عقارية بديلة عن تلك الموروثة عن الاحتلال. تدخل المشرع الجزائري بعد الاستقلال لتنظيم الملكية العقارية الخاصة وذلك بعدة نصوص قانونية ترمي إلى تسيير وحماية ما بقي شاغرا منها جراء رحيل الفرنسيين ومنع المضاربة فيه، وضمان تحقيق النتائج المرجوة من القوانين التي سنها قصد تحقيق أهداف أيديولوجية معينة تمثلت أساسا في تقليص الملكية العقارية الخاصة لحساب ملكية الدولة. فأصدر لهذا الغرض عدة قوانين تقيد من حرية التعامل في العقار الخاص كان أهمها الأمر 76/74 المؤرخ في 1971/02/20 المتضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات، مما دفع بالمواطن الجزائري إلى الهروب من أحكام هذه القوانين أثناء تعامله في عقاراته الخاصة عن طريق إبرام معاملاته عرفيا ليضمن عدم خضوعها لرقابة الدولة، هذا بالإضافة إلى أن الاحتلال الفرنسي قد خلف وراءه جزءا كبيرا من الملكية العقارية الخاصة لا يملك أصحابها سندات مثبتة لملكيتهم لها وهو ما دفعهم إلى التعامل فيها بصورة عرفية مما تسبب في انتشار ظاهرة البناء الفوضوي التي أثرت سلبا على جمال المدن الجزائرية.

ولأجل وضع حد لهذا الوضع تدخل المشرع بفرض الشكلية الرسمية في جميع التصرفات الناقلة للملكية العقارية بموجب المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون التوثيق، وقد جاء هذا الأمر متناقضا مع الواقع فلم يجد له مجالا للتطبيق بحيث استمر المواطن الجزائري في إبرام معاملاته العقارية عرفيا، وأمام هذا الوضع كان القضاء حين فصله في صحة المعاملات العقارية العرفية مترددا بين تطبيق القانون ومسايرة الواقع الاجتماعي، فأعطى للشكلية الرسمية المقررة بالمادة 12 من قانون التوثيق السابق الإشارة إليه تفسيرات مختلفة، كاعتبارها شكلية انعقاد، شكلية إثبات، شكلية مقررة لتحصيل

مسـتحقات الخزينـة و كـذا شـكلية مقـررة لنقـل الملكيـة، و قـد اسـتمر الوضـع كـذلك إلـى غايـة حسـم موقفـه بقـرار صـادر عـن الغـرف المجتمعـة للمحكمـة العليـا بتـاريخ 1997/02/18 ملـف رقـم 136156، اعتبـر هـذه الشـكلية مقـررة للانعقـاد يترتـب علـى تخلفها بطلان التصرف بطلانا مطلقا.

1- أهمية الموضوع

لموضـوع دراسـتي أهميـة بالغـة لكونهـا تعـالج إشـكالا قانونيـا يطـرح يوميـا أمـام القضـاء و فـي نفـس الوقـت لـه بعـد اجتمـاعي لتعلقـه بأوضـاع و حقـوق اسـتقرت لفتـرات زمنيـة طويلـة كمـا أنـه يمـس بمسـتقبل الاقتصـاد الـوطني الـذي يتوقـف نمـوه علـى تسـوية الوضعية القانونية للعقار.

2- أسباب اختيار الموضوع

لقد اخترت هذا الموضوع للدراسة لتوافقه مع ميولي للبحث في المجالات التي لها علاقة بالمنازعات القضائية، و كذا لما للإلمام به من أهمية بالغة لكون الإشكالية المطروحة فيه لا تزال السبب الرئيسي في ما يسمى بأزمة العقار الخاص في الجزائر، و هو ما دفعني إلى دراستها بغرض المساهمة في إيجاد الحلول الممكنة لها.

3- أهداف الدراسة

تهـدف دراسـتي إلـى تحليـل موقـف التشـريع و القضـاء الجزائـريين بالنسـبة لمسـألة إثبـات الملكيـة العقاريـة الخاصـة بصـفة عامـة و اشـتراط الرسـمية فـي المعـاملات العقاريـة بصـفة خاصـة، بغـرض المسـاهمة فـي حـل مـا يعتـرض رجـال القـانون مـن إشـكالات حـول مـدى حجيـة السـند المحـتج بـه فـي إثبـات الملكيـة العقاريـة الخاصـة بـالنظر إلـى نـوع السـند و القـانون السـاري المفعـول عنـد تـاريخ إصـداره و

معرفة التكييف القانوني للدعوى و هل تقتضي فعلا إلزام المالك بعبء إثبات ملكيته أم لا؟ و إذا كان الأمر كذلك ما نوع الدليل اللازم لأجل ذلك و هل يجب أن يكون بالضرورة سندا رسميا؟ أو بصيغة أخرى متى تكون الكتابة الرسمية هي الدليل الوحيد المقبول لإثبات الملكية العقارية الخاصة؟

4- إشكالية الموضوع

من خلال دراستي سأحاول معالجة إشكالية دور الرسمية في التصرفات الواردة على العقار الخاص من جميع جوانبها لمعرفة موقف المشرع و القضاء الجزائريين منها، محاولة الإجابة على الأسئلة التالية: ما هو التكييف القانوني للشكلية الرسمية المقررة بموجب المادة 12 من قانون التوثيق و 324 مكرر 01 من القانون المدني؟

و إذا كان المشرع و القضاء الجزائريين قد حسما موقفهما من هذا الإشكال فما مدى فعالية موقفهما في معالجة واقع الملكية العقارية الخاصة في الجزائر؟و هل يجب على المشرع التغيير من موقفه و العودة إلى الأصل المتمثل في إطلاق حرية إرادة الأفراد في إبرام معاملاتهم العقارية و إثباتها، مراعاة للواقع الاجتماعي، خاصة أن الأسباب التاريخية التي استدعت سنه لنصوص تقيد حرية التعامل و الإثبات في الملكية العقارية الخاصة لم تعد قائمة؟

5- الدراسات السابقة

عن الدراسات السابقة فإنني لم أتمكن من الاطلاع على دراسة متخصصة تعلقت بنفس الموضوع ماعدا مذكرة ماجستير، أنجزت من طرف زروق قدور، بعنوان " الوظيفة التوثيقية حسب الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 "، جامعة الجزائر، سنة 1977. و مذكرة ماجستير من إعداد بومعزة رشيد تحت

عن وان " الشكلية الرسمية في العقود المدنية "، جامعة باتنة السنة الجامعية 2004/2003، إلا أن المذكرتين لم تتطرقا للإشكالية المطروحة في هذه الدراسة.

6- المناهج المتبعة

حاولت توظيف عدة مناهج علمية قصد إعداد دراستي، كالمنهج التاريخي الذي استعنت به لشرح التطور الزمني لتنظيم الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري في الفصل التمهيدي من الدراسة ثم في الفصل الثاني منها لتتبع تطور موقف المشرع و القضاء بالنسبة لدور الشكلية الرسمية في المعاملات العقارية.

و كذلك قمت بتوظيف المنهج الاستنباطي في الفصلين التمهيدي و الأول من المذكرة عند تقديم بعض المفاهيم القانونية بحيث اعتمدت لتحديدها على تحديد مفهوم الكل للوصول إلى الجزء، و مثال ذلك دراسة الملكية بوجه عام للوصول إلى مفهوم الملكية العقارية الخاصة و دعوى استحقاق الملكية بصفة عامة لتحديد مفهوم دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة، و كذا دراسة الإثبات في دعوى الاستحقاق بوجه عام للوصول إلى قواعد الإثبات في دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة.

و إضافة إلى المنهجين المذكورين أعلاه استعنت بالمنهج الاستقرائي بمناسبة تحليل النصوص القانونية و القرارات القضائية و من أمثلة ذلك تحليل نصوص قانون التوجيه العقاري للوصول إلى تحديد مفهوم الملكية العقارية الخاصة في الفصل التمهيدي و إلى معرفة الطرق التي نظم بها المشرع مسألة الإثبات في دعوى استحقاقها و حصر السندات المثبتة لها في الفصل الأول، و قمت في الفصل الأخير بتوظيف نفس المنهج لتحليل جملة من النصوص القانونية و القرارات القضائية لمعرفة موقف المشرع و القضاء من إشكالية دور الشكلية الرسمية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة.

كما استعنت أيضا بالمنهج المقارن في الفصل الأول من البحث عند مقارنة دعوى استحقاق الملكية العقارية بنظيرتها المتعلقة بالملكية المنقولة عن طريق إبراز مواضع الاتفاق و الاختلاف بين الدعويين.

7- الصعوبات المعترضة

و قد واجهت أثناء إعداد هذه الدراسة صعوبات جمة أهمها قلة المراجع المتخصصة في القانون العقاري الجزائري و التي و إن وجدت لم تتطرق لموضوع دراستي تفصيلا، كما أنها في مجملها لم تصدر عن مختصين في البحث العلمي إذ أنها موجهة بالأساس لمساعدة رجال القانون في أداء مهامهم العملية لا العلمية، إضافة إلى أن طبيعة الدراسة التي ارتبطت بموقف القضاء و التشريع الجزائريين اقتضت جمع النصوص القانونية و القرارات القضائية المتعلقة بالموضوع و هو أمر على درجة كبيرة من الصعوبة.

و قد اتبعت لإعداد هذه الدراسة خطة ثنائية تتكون من فصلين مسبوقين بفصل تمهيدي يتضمن الإطار المفاهيمي و التاريخي للموضوع حيث قمت بتقسيمه إلى مبحثين الأول خاص بتحديد مفهوم الملكية العقارية الخاصة باعتبار أن الدراسة لا تتعلق بالشكلية المقررة بالمادة 12 من قانون التوثيق ككل بل تقتصر على ما يتعلق منها بالتصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة

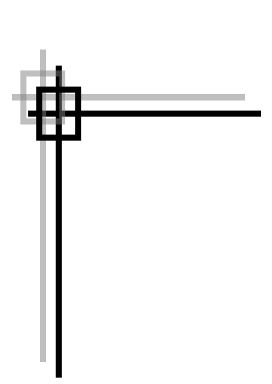
و قد خصصت المبحث الثاني من الفصل التمهيدي لدراسة التطور التاريخي لسياسة المشرع الجزائري في تنظيم الملكية العقارية الخاصة.

و لأن إشكالية دور الرسمية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة لا تطرح إلا بمناسبة نزاع قضائي يتعلق بإثباتها، فقد خصصت الفصل الأول من البحث للتطرق لمسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة و طالما أن هذه الأخيرة لا تطرح في جميع الدعاوى التي تحمي حق الملكية بل تطرح فقط في دعوى

الاس تحقاق فق د قس مت ه ذا الفص ل إل ى مبحث ين الأول يتعل ق بالحماي ة القض ائية لح ق الملكي ة، و الث اني خصص ته لدراس ة الإثب ات ف ي دع وى اس تحقاق الملكي ة العقاري ة الخاصة.

و بع د تق ديم الإط ار النظ ري للموض وع ف ي الفص ل الأول، خصص ت الفص ل الث اني لتق ديم الإط ار التطبيق ي ل ه، م ن خ لال دراس ة تط ور موق ف المش رع و ك ذا القض اء الجزائ ريين م ن مس ألة الش كلية ف ي التص رفات الناقل ة للملكي ة العقاري ة الخاص ة و ذل ك ف ي مبحث ين، الأول تطرق ت في ه لتط ور التش ريع المتعل ق به ذه المس ألة و الث اني لتطبيقات القضاء بشأنها

و أنهي ت الدراس ة بخاتم ة ض منتها النت ائج المتوص ل إليه ا ث م م ا ت راءى ل ي بع د الدراسة من توصيات



الفصل التمهيدي

تنظيم الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري

الفصل التمهيدي: تنظيم الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري

اتبع المشرع الجزائري سياسة معينة في تنظيم الملكية العقارية الخاصة و إرساء نظام قانوني خاص بها. و قد كان أهم ما تميز به هذا النظام هو تقييد حرية الأفراد في التعامل في هذا الصنف من أصناف الملكية بفرض إفراغ التصرفات الناقلة لها في شكل رسمي و ذلك تحت طائلة البطلان المطلق

و قد اخترت تمهيدا لدراستي هذه أن أتطرق للنظام القانوني للملكية العقارية الخاصة و ذلك في مبحثين الأول خصصته لضبط مفهوم هذا الصنف من أصناف حق الملكية و الثاني لإعطاء لمحة تاريخية عن تنظيم المشرع لها.

المبحث الأول: مفهوم الملكية العقارية الخاصة

تتعدد أصناف حق الملكية بالنظر إلى المعيار الذي بني عليه تصنيف هذا الحق، فإذا نظرنا إلى صفة المالك قسمنا الملكية إلى عامة و خاصة، و بالنظر إلى محل الحق ذاته فإن الملكية قد تكون عقارية أو منقولة، و اعتمادا على توزيع السلطات التي يخولها هذا الحق لصاحبه فالملكية إما كاملة يجمع فيها المالك جميع السلطات المترتبة عن هذا الحق بين يديه، و إما مجزئة يتقاسم فيها مالك الرقبة هذه السلطات مع غيره، و منه فإن الملكية العقارية الخاصة هي صنف من أصناف حق الملكية يمكن تمييزه عن غيره من الأصناف، من خلال محله و صفة مالكه ، لذا فإن تحديد مفهوم لها يقتضي أولا إعطاء مفهوم لحق الملكية بوجه عام .

المطلب الأول: الملكية بوجه عام

اهتم الفقه و التشريعات المقارنة بتعريف حق الملكية و سأتطرق فيما يلي لتعريف هذا الحق و للعناصر المكونة له، ثم لخصائصه التي تجعل منه أسمى الحقوق العينية على الإطلاق.

الفرع الأول: تعريف حق الملكية

تمكنت من الإطلاع على جملة من التعاريف القانونية و الفقهية لحق الملكية، سأحاول ذكر البعض منها و التي من خلالها يمكن استنتاج العناصر المكونة لهذا الحق.

أولا: التعريف القانوني

عرفت المادة 674 من القانون المدني الجزائري حق الملكية كما يلي "**الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة**".و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد عرف حق الملكية عن طريق ذكر السلطات التي يخولها للمالك مع حصرها في التمتع و التصرف دون سلطة الاستعمال.كما أنه بين موقفه صراحة من مسألة إطلاق حق الملكية عندما قيد ممارسة الحق فيها باحترام القوانين و الأنظمة.على خلاف المشرع المصري الذي لم يعرف حق الملكية بل اكتفى بالنص في المادة 802 من القانون المدني على أن لمالك الشيء وحده في حدود القانون، حق استعماله و استغلاله و التصرف فيه[1]، بينما عرفه المشرع الفرنسي في المادة 544 من القانون المدني [2] كما يلي "**حق الملكية هو حق التمتع بالشيء و التصرف فيه على نحو مطلق شريطة ألا يكون هذا الاستعمال محرما بنص القوانين أو الأنظمة**"[3].

و المشرع الفرنسي أيضا عرف حق الملكية بوصف سلطات المالك و خاصية الإطلاق التي يتميز بها هذا الحق التي قيدها باحترام القوانين و الأنظمة.

1- عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة طبع.، ص10.

2 Encyclopédie juridique numérique, Code civil français, Dalloz, Paris, 1999.

3 -“ La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

ثانيا: التعريف الفقهي

عرف الفقه حق الملكية بأنه " **الحق الذي يمنح صاحبه سلطة على الشيء تمكنه وحده من استعماله و استغلاله و التصرف فيه في حدود القانون** "[1].

كما عرف بأنه " **ذلك الحق الذي يرد على شيء من الأشياء و يخول لصاحبه الاستئثار بسلطة الاستعمال و التصرف في هذا الشيء و ذلك في حدود القانون** "[2].

و كذلك عرف بأنه " **حق استئثار المالك باستعمال الشيء الذي يرد عليه و التصرف فيه في حدود القانون** "[3].

و في تعريف آخر ورد أن" **حق الملكية هو أهم الحقوق العينية و أوسعها نطاقا لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة على الشيء أما غيره من الحقوق فلا يخول لصاحبه إلا بعض هذه السلطات** "[4].

و في تعليق لزهدي يكن على مجمل التعاريف الفقهية لحق الملكية ذكر أنها قد انتقدت من حيث كونها لا تقف على حقيقة هذا الحق إنما ركزت على وصفه أو على تبيان خصائصه[5]، إلا أن هناك من الفقهاء من عرف حق الملكية بعيدا عن وصف السلطات التي يخولها للمالك بالقول بأنه " **الحق الذي بمقتضاه يكون الشيء خاضعا بطريقة استئثارية و دائمة لفعل و إرادة شخص معين** " [6]

---

[1]- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص و الأموال و الإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1985، ص 24.

[2]- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية" أحكامها و مصادرها "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 22.

[3]- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية " الملكية و الحقوق المتفرعة عنها، أسباب الملكية "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 15.

[4]- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 16.

[5]- زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية و الحقوق العينية العير منقولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بدون بلد، بدون سنة طبع، ص 209.

[6]- عبد الهادي فوزي العوضي، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 70.

و يختلف حق الملكية عن حق التملك الفردي، فالأول هو الحق في أن يضيف الشخص إلى نفسه مالا، فإذا امتلك هذا المال أصبح مالكا، أي له حق الملكية على ماله، فحق التملك إذا من الحقوق أو الحريات العامة بينما حق الملكية هو حق من الحقوق الخاصة، و حق الفرد في التملك يسفر عن الملكية الفرديــــة و هي الملكية الخاصة.[1]

و هناك من يرى أن حق الملكية و إن كان أساسا حــقا عينيا يعطــي للمالك سلطات على الشيء الذي يعود له فهو يتضمن بعدا لعـــــلاقة مباشرة بين المالك و الشيء المملوك له يمكن أن يكون نموذجا لحق من حقوق الشخصية.[2]

الفرع الثاني: عناصر حق الملكية

حق الملكية يخول لصاحبه سلطات على الشيء المملوك له تشكل عناصر لهذا الحق وتجعله أسمى الحقوق العينية، إذ للمالك أن يمارس على الشيء المملوك له سلطات الاستعمال، الانتفاع والتصرف، و قد اختلف الفقه في مسألة التمييز بين هذه السلطـــــات الثلاث لتداخل معانيها، و يرى Alain Seriaux ألان سيريو بأنه يمكـــن القول أن الكلمتـــين **يتمتـــع** و **التمتـــــع** **jouir, jouissance** يمكن اعتبارهما مرادفتين لكلمتي **يتصرف، التصرف** **disposer, disposition** و أنه أصبح كلاسيكيا تقديم سلطات المالك على شكل ثلاثية **trilogie** ، **حق الاستعمـــــال (l’usus (ou le droit d’user)، حـــق التمتــــــع (fructus ou le droit de jouir) حـــق التصـــرف (l’abusus ou le droit de disposer)**، و قد استوحي هذا التقسيم من تدرج المنافع التي يمكن

[1]- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 06.

[2]- Alain Seriaux, Encyclopédie juridique, Répertoire droit civil, Tome VIII, Recueil V, Propriété, Dalloz, Paris, Avril 2007, P 7.

أخـذها مـن حـق الملكيـة، بـدءا مـن تـلك التـي تنـتج مـن مجـرد اسـتعمال الشـيء المملـوك إلـى تلك التــي تنتج عـن استغلاله، إلى ما ينتج عن بيعه، هبته أو حتى تركه.[1]

أولا: سلطة الاستعمال

الاسـتعمال هـو الإفـادة مـن الشـيء مباشـرة و دون وسـاطة أحـد بمـا يتفـق مـع طبيعته[2].

ثانيا: سلطة الاستغلال

الاسـتغلال هـو الحصـول علـى غلـة الشـيء نتيجـة اسـتعماله، كزراعـة المالـك أرضـه فيجنـي محصـولها أو تـأجيره لهـا فيحصـل علـى أجرتهـا فالاستغـلال قـد يكـون مباشـرا يجنـي فيـه المـالك غلـة الشـيء نتيجـة اسـتعماله بنفسـه دون غيـره، و قـد يكـون غيـر مباشـرا يجنـــي فيـه المالـك غلـة الشـيء عـن طريـق سـماحه لغيره باستعماله في مقابل أجـــر[3].

ثالثا: سلطة التصرف

التصـرف فـي فقـه القـانون نوعـان تصـرف مــادي باستهـلاك الشـــيء أو إهلاكـه، و تصـرف قـانوني، و هـو بمعنـاه الواسـع اتجـاه إرادة المالـك إلـى إحـداث أثـر قـانوني، إمـا بعمـل مـن أعمـال التصـرف، كإنشـاء حـق عينـي عليـه كـالرهن أو البيـع أو بعمـل مـن أعمـال إدارتـه كالإيجـار أو القيـام بعمـل مـن أعمـال الحفـظ كـدعوى عـدم نفـاذ التصـرف، و يــرى أغلـب الفقهـــاء أن المقصـود بالتصـرف كعنصـر مـن

[1] - Alain Seriaux, Op.Cit., P 08.

[2] - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 25.

[3] - عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 14.

عناصر حق الملكية هو معناه الضيق أي القيام بعمل من أعمال التصرف أما أعمـــال الإدارة فتلحـــق بسلطتـــي الاستعمال و الاستغلال.[1]

الفرع الثالث: خصائص حق الملكية

لخص فقهاء القانون خصائص حق الملكية في كونه حقا جامعا مانعا، دائما، وفي كونه أصبح مقيد بوظيفة اجتماعية.

أولا: الملكية حق جامع مانع

فهو جامع مانع بمعنى أنه يعطي لصاحبه كـل المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء المملـوك، و هي الاستعمـال و الاستغـلال و التصرف، و يترتب على ذلك أن الأصل في هذه السلطات أنها للمالك فإذا ادعى غيره شيئا منها كان عليـه عبء إثبات ذلك كما أن سلطتي الاستعمال و الاستغلال إذا نقلهما المالك إلى غيره فلا يكـون ذلك إلا أمرا عارضا مؤقتا تعود بعده إليه ، غير أنه يلاحظ أن جمع حق الملكية كل السلطات على الشيء المملوك مسألة نسبية قد تتقيد بنص أو اتفاق.[2]

و قد أشار قضاء محكمة النقض الفرنسية إلى ذلك في قراره الشهيـر الصادر بتاريخ 1834/02/13، [3]الذي جاء فيه أن **" المواد 544، 546، 552، من القانون المدني الفرنسي، لها طابع تصريحي تماشيا مع طبيعة و مع آثار**

1- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 15، 16.

2- نفس المرجع، ص 30.

3- “ les articles 544, 546 et 552 c. civ. sont déclaratifs du droit commun relativement a la nature et aux effets de la propriété mais ne sont pas prohibitifs .Ni ces articles, ni autre loi n`excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible.”

حق الملكية غير أنها ليست نصوص مانعة فلا هذه المواد و لا أي قانون آخر يمكن أن يقصي مختلف التغييرات أو عمليات التجزئة التي قد يكون حق الملكية محلا لها ".[1]

و معنى أن حق الملكية حق مانع أن المالك لا يشاركه في حقه شخص غـــيره إلا برضـــاه.[2]

ثانيا: الملكية حق دائم

و يقصد بدوام حق الملكية أنه يبقى ما بقي الشيء الذي يرد عليه و أنه لا يسقط بعدم استعماله، و أنه لا يقبل التوقيت.

و معنى أن حق الملكية يبقى ما بقي الشيء المملوك أنه إذا نشأ حق الملكية على شيء فلا ينقضي إلا بهلاك الشيء و لو تغير مالكه.

أما كونه لا يسقط بعدم الاستعمال فهو يعني أن المالك لا تزول ملكيته إذا لم يستعمل ملكه، فلا يرد التقادم المسقط على حق الملكية خلافا لسائر الحقوق و بالتالي لا تسقط دعوى الاستحقاق بالتقادم لأنها دعوى تحمي حق الملكية و لا يتصور تقادم الدعوى بحق لا يرد عليه التقادم المسقط و كذا الأمر بالنسبة لدعوى المطالبة بقيمة الشيء المغتصب إذا تعذر استرداده عينا[3]، و في هذا الصدد يمكن الإشارة إلى القرار الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1905/07/12[4]، الذي جاء فيه أن " **....طالما أن الملكية لا تسقط بعدم الاستعمال**

---

[1]- Henri Capitan, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, Paris, 10ème édition, 1994, p 265.

[2]- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 31.

[3]- نفس المرجع، ص 31، 32، 33.

[4]- “ ….la propriété ne se perdant pas par le non-usage, l’action en revendication peux être exercée aussi longtemps que le défendeur ne justifie être lui même devenu propriétaire de l’immeuble revendiqué par le résultat d’une possession contraire, réunissant tous les caractères exigés de la prescription acquisitive ”

فإن الحق في رفع دعوى الاستحقاق يبقى قائما إلى أن يثبت المدعى عليه أنه أصبح مالكا للعقار المطالب به له عن طريق الحيازة المتوافرة على كل شروط التقادم المكسب "،[1] .

كما حكم القضاء المصري بأن **" دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصب به لا تسقط بالتقادم لأن حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال، و مطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بإلزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض في حال تعذر التنفيذ عينا و بالتالي لا تسقط بالتقادم أيضا دعوى المطالبة بقيمة العقار و إن كان الغاصب يستطيع أن يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب "**[2].

و أما عن كون حق الملكية حق لا يقبل التوقيت فهذا يعني أنه لا ينقضي بوقت معين و بالتالي يختلف عن حق الانتفاع و حق الاستعمال و حق السكنى و حق الحكر و حق الارتفاق و هي حقوق تنقضي بانقضاء أجلها بخلاف حق الملكية.

و اعتبار حق الملكية حقا دائما أمر يتفق مع ما يراه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن المالك لا يتقيد بالزمان، و لا ينتهي بانتقاله للغير بتصرف ناقل للملكية أو بالميراث أو بهلاك العين المملوكة و بالتالي لا ينتهي بعدم استعماله.[3]

ثالثا: الملكية حق غير مطلق

ذهب أنصار المذهب الفردي إلى أن حق الملكية حق مطلق لذا اعتبر التقنين المدني الفرنسي ثم المصري القديم أن الأصل فيه الإطلاق و أن تقييده استثناء لا يجوز التوسع فيه، و معنى هذا الإطلاق أن يكون للمالك أن يباشر سلطاته من

---

[1]- Henri Capitan, Op.Cit., P 272.

[2]- نقض 1977/03/28، مجموعة الأحكام س 28 ص 819، منقول عن عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 33.

[3]- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 33، 36.

استعمال، استغلال و تصرف على النحو الذي يراه مناسبا دون أن يسأل عن أي ضرر يصيب الغير جراء استعماله لحقه، في حين يرى أنصار المذاهب الاجتماعية أن حق الملكية حق له وظيفة اجتماعية فهو يتقرر لمصلحة الفرد و مصلحة الجماعة و هو ما أخذ به المشرع المصري الحالي.[1]

و بالنسبة الشريعة الإسلامية فقد أجمع الفقه على أن المال لله عز و جل الذي كلف الإنسان بعمارة الأرض وأن ملك أي إنسان فيه حقوق لله و حقوق لعباده، و الملكية الخاصة طبقا للشرع الإسلامي، محترمة مقدسة و محمية بنصوص الشريعة و لكنها مقيدة بما لا يضر بالمصالح العامة و لا يعيق الآخرين في استعمال حقوقهم[2].

أما المشرع الجزائري، فقد قضى بموجب المادة 677 من القانون المدني بأن حق الملكية هو حق التمتع و التصرف في الأشياء شريطة أن يتم ذلك مع مراعاة ما تنص عليه الأنظمة و القوانين، و بناءا عليه خصص القسم الثالث من الفصل الأول من الباب الأول المتعلق بحق الملكية من الكتاب الثالث من القانون المدني للقيود الواردة على حق الملكية، و قضى في المادة 690 بأن حرية المالك في استعمال حقه مقيدة بما ينص عليه القانون من قيود قد تقتضيها المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة.

و تحقيقا لمقتضيات المصلحة العامة أكد المشرع على الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية عندما قضى في المادة 677 من القانون المدني على إمكانية نزع جميع الملكية أو الحقوق العينية العقارية أو بعضها بغرض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل و منصف.أما عن تقييد سلطات المالك بغرض الحفاظ على المصلحة الخاصة فقد جاء القانون المدني بعدة تطبيقات لذلك منها ما يتعلق بالتزامات الجوار

---

[1]- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 36، 37.

[2]- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني المصري و السوري، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، 1964، ص 07، 08.

المنصوص عليها في المادة 691، وتنظيمه لحق المرور لمالك الأرض المحصورة بموجب المواد 693 و ما بعدها، و تقريره لالتزام المالك بوضع الحدود بالمادة 703، إضافة إلى ما أورده من أحكام تتعلق بالحائط المشترك في المواد 704 و ما بعدها، و كذا تلك المتعلقة بالمطلات و المناور المنصوص عليها بالمواد 709 و ما بعدها.

هذا و بالإضافة إلى ما نص عليه القانون المدني من قيود على حق الملكية نجد في التشريع الجزائري تطبيقات أخرى لنفس المبدأ، منها ما أورده القانون 25/90 المؤرخ في1990/11/18 المتعلق بالتوجيه العقاري، المعدل و المتمم بالأمر 26/95 المؤرخ في 1995/09/26[1] من قيود على حق الملكية العقارية الخاصة و هو ما سأشير إليه لاحقا.

المطلب الثاني: الملكية العقارية الخاصة بوجه خاص

سوف أتطرق في الفرع الأول من هذا المطلب للتعريف الذي جاء به قانون التوجيه العقاري للملكية العقارية الخاصة ومن خلاله أحاول تمييزها عن باقي أصناف حق الملكية بتحديد محلها و صفة المالك فيها ، و في الفرع الثاني منه أتطرق للقواعد التي خصها بها قانون التوجيه العقاري.

[1]- القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتعلق بالتوجيه العقاري، وقع فيه استدراك، المعدل و المتمم بالأمر 26/95 المؤرخ في 1995/09/26، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 49، 55، سنة 1990 و 55 سنة 1995.

الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية الخاصة

عرفت المادة 02 من القانون 25/90 الأملاك العقارية كما يلي **" الأملاك العقارية في مفهوم هذا القانون هي كل الأراضي و/أو الثروات العقارية غير المبنية "**.

و يلاحظ على هذا التعريف بعض الغموض ذلك أن عبارة **الثروات العقارية غير المبنية** التي يقابلها بالفرنسية **fonds fonciers non bâtis** إنما يقصد بها الأراضي الغير مبنية، و بذلك يصبح مفهوم الأملاك العقارية في القانون 25/90 هو كل الأراضي سواء المبنية أو الغير مبنية، و قد صنفتها المادة 23 منه إلى أملاك وطنية، أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة، و أملاك وقفية.

و قد عرفت المادة 27 من نفس القانون الملكية العقارية الخاصة كما يلي **" الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمالها وفق طبيعتها أو غرضها "**.

و يؤخذ على هذا التعريف أن المشرع قد جعل من المال العقاري و الحقوق العينية محلا للملكية العقارية الخاصة، والمال مصطلح واسع يدل حسب تعريف الدكتور حامد مصطفى على كل حق له قيمة مادية[1] بينما قصد المشرع به الأراضي كما تدل على ذلك عبارة **fonds foncier** الواردة بالنص الفرنسي للمادة 27 السابقة الذكر، كما أن الحقوق العينية تعد حقوقا متفرعة عن حق الملكية و لا تكون محلا له فهو يرد على الأشياء لا على الحقوق.

فمحل الملكية العقارية هو العقار الذي عرفته المادة 683 من القانون المدني بأنه **" كل شيء مستقر بحيزه، و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف و كل ما عدا ذلك من الأشياء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار**

[1]- حامد مصطفى، مرجع سابق، ص 13.

يملك ه رصد دا عل ى خدم ة ه ذا العق ار أو اس تغلاله يعتب ر عق ارا بالتخص يص "[1]، و عليه فإن الملكية العقارية الخاصة ترد على العقار سواء كان عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص.و يعد مالك العقار مالكا لكل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير، غير أن هذه القاعدة ليست من النظام العام و يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها[2].

أما المالك لهذا الصنف من أصناف حق الملكية فهو شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان طبيعيا أو معنويا، و في هذا الصدد يقول الدكتور حامد مصطفى أنه إذا كان حق الملكية قاصرا على شخص معين كان هذا الحق خاصا أي ملكية خاصة أما إذا كان شائعا في المجتمع و كانت منافعه مرصودة للكافة فهو ملكية عامة،[3] و تكون الملكية الخاصة إما مفرزة يعود الحق فيها إلى شخص واحد و إما مشاعة بين عدة أشخاص.

الفرع الثاني: أحكام الملكية العقارية الخاصة في قانون التوجيه العقاري

نظم المشرع الجزائري الملكية العقارية و أصنافها في الباب الأول من القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري، المواد من 02 إلى 47 منه، و اعتبر الملكية العقارية الخاصة الصنف الثالث منها و خصها بأحكام تخرج عن القواعد العامة المنظمة لحق الملكية في القانون المدني. حيث قضت المادة 28 بأن استغلال حق الملكية العقارية الخاصة يجب أن يتوافق مع الفائدة العامة التي أقرها القانون، و هو قيد عام و مرن قد يحتمل عدة تأويلات تتناسب ضيقا و اتساعا مع مصطلح

[1]- أنظر المادة 683 من القانون المدني الجزائري.
[2]- أنظر المادة 675 من القانون المدني الجزائري.
[3]- حامد مصطفى، مرجع سابق، ص 39.

المنفعـة العامـة فـي حـد ذاتـه، كمـا قضـت المـادة 29 مـن نفـس القـانون بـأن إثبـات الملكيـة العقارية الخاصة يتم بتقديم عقد رسمي مشهر.[1]

و بصـفة عامـة يمكـن تلخـيص القيـود التـي أوردهـا قـانون التوجيـه العقـاري علـى حق الملكية العقارية الخاصة فيما يلي:

أولا: القيود الواردة على ملكية العقار الفلاحي

قيـد القـانون 25/90 التعامـل فـي العقـار الفلاحـي مـن حيـث الشـكل و المضـمون فنصـت المـادة 55 منـه علـى أن **" إبـرام أيـة معاملـة تتعلـق بأراضـي فلاحيـة يجـب أن يخضـع للشـكل الرسـمي تحـت طائلـة الـبطلان المطلـق "**وهـو نـص أشـمل مـن المـادة 324 مكـرر 01 مـن القـانون المـدني لتعلقـه بجميـع المعـاملات العقاريـة الـواردة علـى العقار الفلاحي أيا كان نوعها.

أمـا مـن حيـث الموضـوع فقـد نصـت المـادة 36 مـن قـانون التوجيـه العقـاري علـى أن **" أي تحويـل لأرض فلاحيـة خصـبة جـدا أو خصـبة إلـى صـنف الأراضـي القابلـة للتعميـر يـتم الترخيص بـه بموجـب قـانون و يحـدد هـذا القـانون القيـود التقنيـة و الماليـة التـي يجـب أن ترافـق عمليـة التحويـل حتمـا "**، كمـا قيـدت المـادة 55 مـن نفـس القـانون المعـاملات العقاريـة التـي تنصـب علـى أراضـي فلاحيـة بشـرطي أن لا تلحـق ضـررا بقابليـة الأرض للاسـتثمار و أن لا تـؤدي إلـى تغييـر وجهتهـا الفلاحيـة[2].و اعتبـرت المـادة 48 منـه عـدم اسـتثمار الأراضـي الفلاحيـة تعسـفا فـي اسـتعمال الحـق نظـرا لأهميتهـا الاقتصـادية و للوظيفـة الاجتماعيـة المنوطـة بهـا، و أن الاسـتثمار الفعلـي المباشـر أو غيـر المباشـر يعـد واجبـا علـى كـل مالـك حقـوق عينيـة عقاريـة أو حـائز لهـا[3]، كمـا قضـت نفـس المـادة بـأن اسـتثمار الأرض الفلاحيـة التـزام قـانونـي و

[1]- أنظر المادتين، 28، 29، من القانون 25/90، مرجع سابق، و المادة 324 مكرر01 من القانون المدني.
[2]- أنظر المادتين 36 و 55 من القانون 25/90، مرجع سابق.
[3]- أنظر المادتين 48 و 49 من القانون 25/90، مرجع سابق.

رتبت على عدم الوفاء به مسؤولية تقصيرية قد يصل الجزاء المترتب عنها إلى حد بيع الأرض إذا كانت خصبة أو خصبة جدا مع إعطاء الحق للدولة في الشفعة تبعا للمرتبة المحددة في المادة 759 من القانون المدني[1].

و إضافة إلى ما سبق منعت أحكام المادة 55 من قانون التوجيه العقاري تحت طائلة البطلان المطلق تأجير الأراضي الفلاحية إيجارا فرعيا و استثنت من هذا المنع مراعي القش التي يجوز تأجيرها من الباطن ضمن أحكام المادة 505 القانون المدني[2].

كما قيدت المادة 35 من القانون 25/90 حق البناء في الأراضي الخصبة جدا أو الخصبة إذا كان مخصصا للاستعمال السكني بضرورة الحصول على رخصة صريحة تسلم وفق الأشكال و الشروط التي تحددها التشريعات المتعلقة بالتعمير و حق البناء[3]، و قررت المادة 57 منه الحق في الشفعة للملاك المجاورين بالنسبة للأراضي الفلاحية، و يمارس هذا الحق في مرتبة تسبق ما هو محدد في المادة 795 من القانون المدني[4].

ثانيا: القيود الواردة على ملكية العقار الحضري

ألزمت المادة 68 من قانون التوجيه العقاري كل مالك و/أو حائز لعقار واقع في نطاق الأراضي العامرة أو القابلة للتعمير أن يستعمل و يهيئ ملكه طبقا لنوعية الاستعمال الذي تحدده أدوات التهيئة والتعمير[5]، و المشرع بهذا النص يكون قد أحال على التشريعات المتعلقة بالتهيئة و التعمير لتحديد الضوابط التي يلتزم بها كل

---

[1]- أنظر المواد 50، 51 و 52 من القانون 25/90، مرجع سابق.
[2]- أنظر المادة 55 من القانون 25/90، مرجع سابق.
[3]- أنظر المادة 35 من القانون 25/90، مرجع سابق و المرسوم التنفيذي 484/97 المؤرخ في 1997/12/15 المتعلق بضبط تشكيلة الهيئة الخاصة و إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية عدد 83 سنة 1997.
[4]- أنظر المادة 57 من القانون 25/90، مرجع سابق و 795 من القانون المدني.
[5]- أنظر المادة 68 من القانون 25/90، مرجع سابق.

مالك أثناء استعمال أو تهيئة ملكه و من بينها نذكر على سبيل المثال تقييد حق المالك في البناء بشرط قابلية الأرض للبناء و بضرورة الحصول على رخصة قانونية و غيرها من القيود المنصوص عليها بموجب القانون 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة و التعمير[1].

كما نصت المادة 74 من القانون 25/90 على أن جميع المعاملات العقارية في مجال الأراضي العامرة أو القابلة للتعمير لا تخضع لأية شروط غير تلك المتعلقة بأهلية الأطراف و إرادتهم و تعيين موضوع الاتفاقية المحررة في شكل عقد رسمي طبقا للتشريع المعمول به و استثنت من ذلك ممارسة الدولة و الجماعات المحلية لحق الشفعة لفائدة المنفعة العامة طبقا لنص المادة 71 من نفس القانون، و من ثم يكون قانون التوجيه العقاري قد أضاف للقيود التي نص عليها القانون المدني بشأن التعامل في العقار قيدا آخر يتمثل في تكريس حق الشفعة للدولة لصالح المنفعة العامة.

[1]- القانون 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة و التعمير، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 52، سنة 1990.

المبحث الثاني: لمحة تاريخية عن تنظيم الملكية العقارية الخاصة في الجزائر

عرفت الجزائر منذ استقلالها عدة محاولات لإرساء سياسة عقارية بديلة عن تلك الموروثة عن الاحتلال وقد تغيرت هذه السياسات حسب المعطيات التاريخية والإيديولوجية لكل مرحلة مرت بها البلاد، ويمكن تمييز مرحلتين أساسيتين مرت بهما السياسة التشريعية العقارية في الجزائر، الأولى استمرت من الاستقلال إلى 1983 تميزت بمحاولة إيجاد حلول مبدئية لمعالجة وضعية العقار الموروثة عن الاحتلال ثم تبني سياسة معينة في تنظيم العقار تتوافق مع ما اتبعته السلطة الوطنية من أيديولوجية في تسيير البلاد آنذاك، والثانية استمرت من 1983 إلى اليوم اتسمت بتخلي المشرع عن سياسته العقارية المتبعة في الفترة السابقة ومحاولة إيجاد حلول لما خلفته من نتائج.

المطلب الأول: المرحلة الممتدة من الاستقلال إلى 1983

في البداية أمرت السلطة الوطنية كحل مبدئي غداة الاستقلال بتمديد سريان التشريع الفرنسي الغير متعارض مع السيادة الوطنية، ثم تدخلت لتنظيم تسيير وحماية الأملاك الشاغرة التي تركها المعمرون وتنظيم مسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة وتقييد حرية التعامل فيها، وبعد تبني الأيديولوجية الاشتراكية اتجهت نحو سياسة جديدة تهدف أساسا إلى التقليص من الملكية العقارية الخاصة لحساب أملاك الدولة.

الفرع الأول: تنظيم الوعاء العقاري

بعد هجرة المعمرين الجماعية، عملت السلطة الوطنية على سن النصوص المتعلقة بتسيير أملاكهم الشاغرة وحمايتها من المضاربة فيها، وقد ظهر التسيير الذاتي كطريقة عفوية لإدارة الأملاك الشاغرة التي تركها المعمرون وتولى هذه

العملية في شكل تلقائي عمال المزارع، ولم يكن أمام الدولة في مواجهة هذا الوضع سوى الاعتراف المؤقت بهذا النوع من التسيير[1]، و ذلك بمقتضى المرسوم رقم 02/62 المؤرخ في 1962/10/22[2].

و بالنسبة لحماية الأملاك الشاغرة من المضاربة فقد تم إصدار المرسوم رقم 03/62 المؤرخ في 1962/10/23[3]، الذي قضت مادته الأولى بمنع جميع المبادلات، البيوع، الإيجارات، الإيجارات الزراعية و عقود المزارعة، المتعلقة بالأملاك الشاغرة العقارية و المنقولة باستثناء تلك التي تتم لصالح المجموعات العمومية أو لجان التسيير المعتمدة، و على اعتبار كل العقود و الاتفاقات المبرمة ابتداءً من 1962/07/01 في الجزائر أو خارجها خلافا لمقتضيات هذا المرسوم باطلة و عديمة الأثر، و قد نص المرسوم على إلزامية إعلان عقود البيع المشار إليها في مادته الأولى في البلدية في ظرف 15 يوم من تاريخ نشره تحت طائلة البطلان، و أن يعاد النظر في هذه العقود فيما يخص الثمن أو تبطلها السلطات الولائية لأسباب تتعلق بحسن التسيير أو المضاربة أو بالنظام العام، و قد اعتبر المرسوم كل العقود المبرمة في الخارج بعد 1962/07/01 بغرض بيع أو إيجار الأموال المنقولة أو العقارية الموجودة بالجزائر باطلة و أن الأملاك التي بطل بيعها تخضع للتشريع المتعلق بالأملاك الشاغرة.

بالإضافة للنصوص المقررة بغرض مراقبة مشروعية التصرفات الواردة على الأملاك الشاغرة، اتخذت السلطة الوطنية إجراءات التصريح بالشعور بموجب المرسوم رقم 88/63 المؤرخ في 1963/03/18 المتعلق بتنظيم الأملاك

[1]-الجيلالي عجة، أزمة العقار الفلاحي و مقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام، دار الخلدونية للنسر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 29.

[2]- Décret n°62/02, du 22/10/1962, instituant des comités de gestion dans les entreprises agricoles vacantes, République algérienne, Journal officiel, Numéro 01, Année 1962.

[3]- Décret n°62/03.du 23/10/1962, portant réglementation des transactions, ventes, locations, affermages, amodiations, de biens mobiliers et immobiliers, République algérienne, Journal officiel, Numéro 01, Année 1962.

الشاغرة[1]، ثم و بموجب الأمر رقم 102/66 المؤرخ في 1966/05/06 تم نقل ملكية الأموال المنقولة و العقارية الشاغرة للدولة[2].

و من أجل معالجة الفراغ القانوني الذي تركه الاحتلال في مجال إثبات الملكية العقارية، و بالنسبة للملكية الخاصة سعى المشرع إلى وضع حد لتعقد و تنوع النظام القانوني لها بإصداره المرسوم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة[3]، ثم و من أجل التخلص من عيوب نظام الشهر الشخصي الموروث عن الاحتلال أصدر المشرع الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري[4] ثم المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الذي تم تعديله بموجب المرسوم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13[5].

كما تدخل المشرع من أجل الرقابة على المعاملات العقارية بوضع جملة من القيود على حرية إرادة الأشخاص في التصرف في عقاراتهم بموجب عدة نصوص قانونية منها، المرسوم رقم 15/64 المؤرخ في 1964/01/20 المتعلق بحرية المعاملات المعدل بالمرسوم 344/83 المؤرخ في 1983/05/21[6] الذي فرض تقديم شهادة عدم شغور العقار المبيع و الرخصة الإدارية في حالة تجاوز قيمته

[1]- Décret n°63/88, portant réglementation des biens vacants, République algérienne, Journal officiel, Numéro 15, Année 1963.

[2]- الأمر 102/66 المؤرخ في 1966/05/06 المتضمن انتقال الأملاك الشاغرة للدولة، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 36، سنة 1966.

[3]- المرسوم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 15، سنة 1973.

[4]- الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 92، سنة 1975.

[5]- المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وقع فيه استدراك، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 30 و 38، سنة 1976، المعدل و المتمم بالمرسوم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 38، سنة 1980.

[6]- المرسوم 15/64 المؤرخ في 1964/01/20 المتعلق بحرية المعاملات، الجمهورية الجمهورية، جريدة رسمية، عدد 07، سنة 1964، المعدل بالمرسوم 344/83 المؤرخ في 1983/05/21، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 21، سنة 1983.

100.00 دج، كذلك قانون المالية التكميلي لسنة 1965[1] الذي فرض في جميع عقود التوثيق المتعلقة بنقل حق الملكية أو حق الانتفاع أو حق عيني أو قاعدة تجارية أن يدفع الثمن أمام و بيد الموثق المكلف بتحرير العقد و في حال إفراغه في عقد غير رسمي أوجب لزوما دفعه بيد مفتش التسجيل، كما أصدر المشرع الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق[2] و قد أوجب المشرع بنص المادة 12 منه تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي و دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. ثم أدرج مضمون نص هذه المادة ضمن أحكام القانون المدني بموجب المادة 324 مكرر 01 منه و ذلك بمناسبة تعديلة بالقانون 14/88 المؤرخ في 1988/05/03[3].

الفرع الثاني: دولنة العقار الخاص

بعد تبني الجزائر للنهج الاشتراكي أصدر المشرع أهم أمرين مجسدين لهذه الأيديولوجية، و هما الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 71/11/08 المتعلق بميثاق و قانون الثورة الزراعية[4]، و الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 1971/02/20 الذي تضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات[5]. و قد كان الهدف الأساسي من إصدار هذين الأمرين هو دولنة الملكية الخاصة بمعنى التقليص منها لحساب ملكية الدولة عن طريق التأميم

[1]- القانون 93/65 المؤرخ في 1965/04/08، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1965 الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد32، سنة 1965.

[2]- الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 107، سنة 1970.

[3]- القانون 14/88 المؤرخ في 1988/05/03، المعدل و المتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 18، سنة 1988.

[4]- الأمر 73/71 المؤرخ في 71/11/08 المتعلق بميثاق و قانون الثورة الزراعية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 97، سنة 1971.

[5]- الأمر 26/74 المؤرخ في 1971/02/20 الذي تضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 19، سنة 1974.

أولا: قانون الثورة الزراعية

أصدر المشرع الأمر 73/71 المؤرخ في 71/11/08 المتعلق بميثاق و قانون الثورة الزراعية التي لم تكن حسب ميثاقها مجرد عملية تأميم لبعض الأراضي و إعادة توزيعها على بعض المعدمين، و لكنها تضع مبادئ جديدة تغير من نمط و أسلوب الاستغلال الفلاحي عبرت عنه المادة الأولى من الأمر 73/71 بعبارة الأرض لمن يخدمها[1].

و الدولة هي مالك الأرض و هي تكتسب هذه الصفة من تاريخ إدماج العقار في صندوق الثورة الزراعية المنشأ بالأمر 73/71 و يتم الإدماج آليا إذا كانت الأرض الفلاحية تابعة للأملاك الوطنية أو عن طريق التأميم لأجزاء معينة من الملكيات الخاصة، أما الخادم المشار إليه في مبدأ الأرض لمن يخدمها فهو الشخص المستغل لها عن طريق المباشرة الشخصية للعمل الفلاحي، و عليه يسقط حق الملكية عن الشخص غير المستغل لفائدة الخادم الذي يستفيد من حق الانتفاع الدائم بينما تنتقل ملكية الأرض إلى الدولة فتتحول تبعية الخادم من المالك الأصلي للأرض إلى الدولة الحائز الجديد لهذا الحق بموجب إجراءات التأميم[2].

ثانيا: قانون الاحتياطات العقارية البلدية

في مجال العقار الحضري أصدر المشرع الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 1974/02/20 المتضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات الذي كان له أثر أكبر في مجال غلق السوق العقارية و تقييد حرية المعاملات من المرسوم 15/64 المتعلق بحرية المعاملات المعدل بالمرسوم 344/83 السابق الإشارة إليه.

---

[1]- الجيلالي عجة، مرجع سابق، ص 40، 41، 44.
[2]- نفس المرجع، ص، 45.

وقد تم بموجب هذا الأمر دمج ضمن الاحتياطات العقارية التابعة للبلديات الأراضي التالية و ذلك عندما تكون داخلة ضمن المحيط العمراني للبلديات، الأراضي التابعة لأملاك الدولة بما فيها الأملاك التي آلت إليها بموجب الأمر 102/66 المتضمن انتقال الأملاك الشاغرة إلى الدولة، الأراضي المملوكة للجماعات المحلية، الأراضي التابعة لمزارع التسيير الذاتي، الأراضي الممنوحة للتعاونيات الفلاحية لقدماء المجاهدين، الأراضي الموهوبة لصندوق الثورة الزراعية.

هذا و يمكن إدراج الأملاك العسكرية و كذا العقارات المثقلة بحقوق الارتفاق العسكرية تبعا لترتيبها و مشتملاتها ضمن الاحتياطات العقارية للبلدية.

و فيما يخص الملكية العقارية الخاصة فقد نصت المادة 06 من الأمر 76/74 على أن الأراضي من كل نوع التي يملكها الأفراد و الواقعة داخل حدود المنطقة العمرانية المحددة بالمادة 02 من نفس الأمر تخصص أساسا لسد الحاجات العائلية لمالكيها فيما يخص البناء أما المساحات الزائدة فتدرج ضمن الاحتياطات العقارية، غير أن الأراضي المحتفظ بها من قبل مالكيها كاحتياجات عائلية لا يمكن نقل ملكيتها بأي كيفية كانت إلا لصالح البلدية المعنية باستثناء نقل الملكية عن طريق الإرث[1].

المطلب الثاني: المرحلة الممتدة من 1983 إلى اليوم

تميزت هذه المرحلة في البداية بتوجه السلطة نحو التخلي تدريجيا عن سياسة دولنة العقار الخاص للوصول إلى سياسة إصلاح عقاري شامل.

[1]- أنظر المادة 06 من الأمر 76/74، مرجع سابق.

الفرع الأول: التخلي عن دولنة العقار الخاص

في بداية الأمر اتجه المشرع نحو معالجة الآثار السلبية الناجمة عن تبني سياسة التأميم عن طريق إعادة هيكلة حق الملكية، ثم خوصصة حق الانتفاع بالأراضي الفلاحية، و قد كان الهدف من إعادة هيكلة حق الملكية هو توسيع الوعاء العقاري للملكية الخاصة و لو على حساب ملكية الدولة، و من هذا المنطلق تم المساس لأول مرة بأصل الحق المملوك للدولة و ذلك بأسلوبين، الأول هو استغلال غطاء الاستصلاح لتبرير خوصصة العقار المدولن، و الثاني استغلال تقنية التقادم المكسب لمضاعفة حدود الملكية الخاصة[1]، هكذا أصدر المشرع القانون 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية[2]، و المرسوم 352/83 المتعلق بسن إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية[3].

و يشترط القانون 18/83 لاكتساب الملكية العقارية عن طريق الاستصلاح أن يتم في أرض تابعة للأملاك العامة واقعة في المناطق الصحراوية أو المنطوية على مميزات مماثلة، و كذا الأراضي الأخرى غير المخصصة التابعة للملكية العامة و الممكن استخدامها للفلاحة بعد الاستصلاح، و استبعدت المادة الثانية منه صراحة الأراضي التي أدمجت في صندوق الثورة الزراعية قبل إلغاء النصوص التي تحكمه، و كذا الأراضي الغابية لأنها غير قابلة للتملك الخاص[4].

كما سن المشرع إجراء عقد الشهرة لإثبات التقادم المكسب للملكية بموجب المرسوم 352/83 الذي لم يأتي بتعريف لهذا العقد، و يمكن القول أنه عبارة عن محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و

---

[1]- الجيلالي عجة ، مرجع سابق، ص 121.

[2]- القانون 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 34، سنة 1983.

[3]- المرسوم 352/83 المتعلق بسن إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 21، سنة 1983.

[4]- ليلى زروقي ، عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 129، 130.

اختصاصاته، يتضح من إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناءا على تصريح طالب العقد[1]. غير أنه و نظرا للآثار السلبية التي نجمت عن تطبيق هذا الإجراء فقد سن المشرع إجراءا بديلا له بموجب القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري [2]، و الذي صدر لأجل تطبيقه المرسوم التنفيذي رقم 147/08 المؤرخ في 2008/05/19[3].

وفي ظل دستور 1976 و تطبيقا للقانون 16/84 المؤرخ في 1984/06/30 المتعلق بالأملاك الوطنية[4] أصدر المشرع القانون 19/87[5]، و ذلك بمناسبة إعادة النظر في كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة التي نظمها قانون الثورة الزراعية و النصوص المتعلقة بالتسيير الذاتي للمزارع، و قد ألغى القانون 19/87 هذه الأخيرة إضافة إلى المواد 858 إلى 866 من القانون المدني[6].

و يعتبر هذا القانون في حد ذاته خطوة جريئة نحو إقرار خوصصة جزئية للقطاع الفلاحي، بحيث فصل حق الملكية الذي يبقى للدولة عن حق الانتفاع المؤبد الذي يستفيد منه المنتج، و رغم أنه لم ينص صراحة على إلغاء قانون الثورة الزراعية إلا أن هناك اختلافا جذريا بين منطق كل منهما[7].

---

[1]- عمر حمدي باشا، محررات شهر الحيازة" عقد الشهرة- شهادة الحيازة"، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 17.

[2]- القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 15، سنة 2007

[3]- المرسوم التنفيذي 147/08 المؤرخ في 2008/05/19، يتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 26، سنة 2008.

[4]- القانون 16/84 المؤرخ في 1984/06/30 المتعلق بالأملاك الوطنية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 27، سنة 1984.

[5]- القانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 50، سنة 1987.

[6]- ليلى زروقي، عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 111.

[7]- الجيلالي عجة، مرجع سابق، ص، 177 191، 192.

الفرع الثاني: إصلاح النظام العقاري

تماشيا مع النهج الليبرالي الذي تبنته الجزائر بموجب دستور 1989 كان على المشرع أن يبحث عن أدوات قانونية ناجعة لإعادة الاعتبار لحق الملكية الخاصة، و التخلص من الآثار السلبية التي أفرزتها سياسة التأميم من خلال إرجاع الأراضي لملاكها الأصليين و تنظيم وسائل إثبات الملكية العقارية الخاصة، وكذا فتح المجال أمام القطاع الخاص على أساس المنافسة الحرة و تحرير المعاملات العقارية.

و من أجل تكريس حق الملكية الخاصة و حمايته و تنظيمه، أصدر المشرع القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم، و بموجبه تم النص على إرجاع الأراضي للملاك الأصليين، كما تدخل المشرع بمجموعة من النصوص لتنظيم مسألة تسليم عقود و سندات الملكية العقارية الخاصة.

و قد نص قانون التوجيه العقاري على إلغاء قانون الثورة الزراعية و إرجاع الأراضي المؤممة التي حافظت على طابعها الفلاحي في إطار الشروط التي حددتها المادة 76 منه، و امتد الاسترجاع إلى الأراضي الفلاحية التي وضعت تحت حماية الدولة تطبيقا للمرسوم 168/63 المؤرخ في 1963/05/09[1] بموجب الأمر 26/95 المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري، و في إطار التعديل حاول المشرع التكيف مع الواقع و التخلي عن الشروط التي تجاوزتها الأحداث كما حاول التكفل بالمنازعات التي أفرزها إرجاع هذه الأراضي لملاكها الأصليين و وضع ضوابط للتعويض الذي التزمت به الدولة في كل الأحوال[2].

[1]- Décret n°63/168, du 09/05/1963 relatif a la mise sous protection de l'Etat des biens mobiliers et immobiliers dont le mode d'acquisition, de gestion, d'exploitation ou d'utilisation est susceptible de troubler l'ordre public ou la paix sociale, république algérienne, Journal officiel, Numéro 30, Année 1963.

[2]- ليلى زروقي، عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 161.

كما تدخل المشرع من أجل تنظيم طرق إثبات الملكية العقارية الخاصة، حيث نصت المادة 29 من قانون التوجيه العقاري على أنه **" يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية و الحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري "**، وقد صدرت التعليمة الوزارية المشتركة " وزارة، الإسكان، الداخلية، المالية " المؤرخة في 1993/01/02 من أجل تسوية وضعية الأراضي العمرانية الموزعة في إطار البناء الذاتي ، كما تم إصدار تعليمة وزارية مشتركة في 1994/07/31 تخص تسوية وضعية الأراضي التي قامت البلديات بتوزيعها أو التنازل عليها لصالح محترفي التهيئة و النشاط العقاريين، و في مجال العقار الفلاحي أصدر المشرع المرسوم التنفيذي 289/92 المؤرخ في 1992/07/08 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية و كيفية اكتسابها[1] و قد كان الهدف منه وضع الإطار التنظيمي لاكتساب الملكية العقارية في المناطق الصحراوية دون سواها[2].

و كحل مؤقت لوضعية بعض العقارات الحضرية و الريفية الغير ثابتة ملكيتها بسندات مشهرة، نص قانون التوجيه العقاري على إنشاء سند حيازي يمكن أصحاب العقارات الغير ثابتة ملكيتها من بعض الحقوق التي يقررها المشرع لمن يثبت له حق الملكية.فقد نصت المادة 39 من قانون التوجيه العقاري على تسليم شهادة الحيازة للمالك الظاهر، من طرف رئيس البلدية المختصة إقليميا لكل حائز بمفهوم المادة 823 من القانون المدني و ذلك في أراضي الملك الخاص التي لم تحرر عقودها و لم يشرع فيها مسح الأراضي، و بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي المؤرخ 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 المتضمن كيفيات إعداد

---

[1]- المرسوم التنفيذي 289/92 المؤرخ في 1992/07/08 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية و كيفية اكتسابها، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 55، سنة 1992.

[2]- سماعين شامة، النظام القانوني للتوجيه العقاري دراسة وصفية و تحليلية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 45 إلى 50.

شهادة الحيازة و تسليمها[1] تم التغيير في شروط الحيازة المتطلبة و تقليص مدتها إلى سنة على الأقل.

و لأجل فتح المجال أمام القطاع الخاص على أساس المنافسة الحرة تدخل المشرع بإلغاء القيود على المعاملات العقارية و إعادة تنظيم سلطات البلدية في هذا المجال و إلغاء احتكارها له، فنصت المادة 74 من قانون التوجيه العقاري على أن **" المعاملات العقارية في مجال الأراضي العامرة أو القابلة للتعمير لا تخضع لأي شرط آخر غير الشروط المتعلقة بأهلية الأطراف و إرادتهم و تعيين موضوع الاتفاقية المحررة في شكل رسمي طبقا للتشريع المعمول به، هذا باستثناء ما هو مقرر للدولة و الجماعات المحلية من حق في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة و المنفعة العمومية "**، كما أنه بإلغاء الأمر 73/71 و الأمر 26/74 بموجب المادتين 75 و 88 من القانون 25/90 يكون المشرع قد أنهى مبدأ التحديد المتعلق بالحق في التملك سواء بالنسبة للأراضي الفلاحية أو العمرانية.

كما وضع قانون التوجيه العقاري حدا لاحتكار البلديات لسوق المعاملات العقارية المحدث بموجب الأمر 26/74، و تدخل بتنظيم المحفظة العقارية التابعة للجماعات المحلية و خول مهمة تسييرها لهيئات التنظيم و التسيير العقاريين المستقلة و المتمايزة الموجودة أو التي ينبغي إنشاؤها[2]، و يتعلق الأمر بالوكالات المحلية للتسيير و التنظيم العقاريين الحضريين المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 405/90 المؤرخ في 1990/12/22.[3]

و كذلك تناول بالتنظيم مسألة تسوية الأراضي المدخلة ضمن مساحات التعمير و وضعية الأراضي المعنية بالأمر 01/85 المؤرخ في 1985/08/13

---

[1]- المرسوم التنفيذي المؤرخ 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 المتضمن كيفيات إعداد شهادة الحيازة و تسليمها، الجمهورية الجزائرية، جريدة الرسمية، عدد 36، سنة 1991.
[2]- أنظر المادتين 73، 74 من القانون 25/90، مرجع سابق.
[3]- المرسوم التنفيذي 405/90 المؤرخ في 1990/12/22، يحدد قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير و التنظيم العقاريين الحضريين و تنظيم ذلك، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 56، سنة 1990.

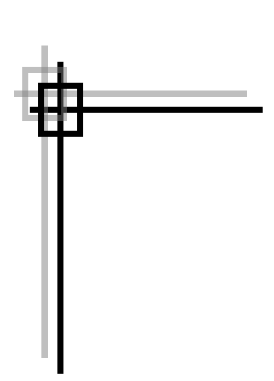
المحد دد انتقالي ا لقواع د شد غل الأراضد ي قصد د المحافظ ة عليه ا و حمايته ا[1]، سد واء بالنسد بة لتل ك الت ي كاذ ت محد ل معد املات غير ر قانوني ة بد ين الأف راد أو الأراضد ي العمومية التي كانت محل احتلال غير شرعي[2].

[1]- الأمد ر 01/85 المد ؤرخ فد ي 1985/08/13 المحد دد انتقالي ا لقواع د شد غل الأراضد ي قصد د المحافظ ة عليه ا و حمايتها، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 34، سنة 1985.
[2]- أنظر المادتين 86، 87، من القانون 25/90، مرجع سابق.

خلاصـــــــــة

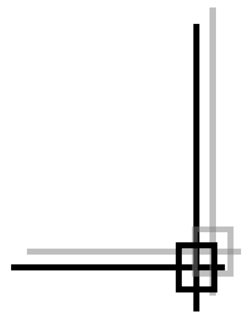
نظ م المشد رع الجزائ ري الملكي ة العقاري ة و أصد نافها ف ي البـ اب الأول مـ ن قـ انون التوجي ه العقـ اري، بموجـ ب المـ واد 02 إلـ ى 47، و اعتبـ ر الملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة الصـ نف الثالـ ث منهـ ا، و خصـ ها بأحكـ ام تخـ رج عـ ن القواعـ د العامـ ة المنظمـ ة لحق الملكية المقررة بموجب القانون المدني.

و قـ د اتبـ ع المشـ رع فـ ي تنظيمـ ه للملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة عـ دة سياسـ ات بـ دءا بمحاولـ ة إيجـ اد حلـ ول مبدئيـ ة لمعالجـ ة وضـ عية العقـ ار الموروثـ ة عـ ن الاحـ تلال ثـ م التوجـ ه نحـ و دولنـ ة العقـ ار الخـ اص إلـ ى التخلـ ي عـ ن هـ ذه السياسـ ة و وضـ ع حلـ ول للأوضاع الناتجة عنها.



الفصل الأول

إثبات الملكيــة العقاريـــة الخاصــة في التشريـع الجزائــــري



الفصل الأول: إثبات الملكيـــة العقاريـــــة الخاصــــة في التشريــع الجزائــــري

يعد حق الملكية أسمى و أهم الحقوق العينية على الإطلاق لذا فقد تناولت التشريعات المختلفة و من بينها التشريع الجزائري مسألة تنظيمه و حمايته بإسهاب، والقاعدة أنه إذا كان المالك يضع اليد على ملكيته و تعرض له الغير في التمتع بها مدعيا أنها ليست ملكا له لم يكن عليه أن يثبت ملكيته إنما على خصمه الذي يدعي غير الوضع الظاهر أن يثبت ما يدعيه، أما إذا حدث أن سلب المالك حيازة العين المملوكة له و تمت منازعته في صفته كمالك لها كان عليه ليستردها أن يرفع دعوى استحقاق الملكية و وقع عليه عبء إثبات ملكيته لمحل النزاع مستعملا في ذلك وسائل الإثبات المقررة قانونا و منها الدليل الكتابي الذي نصت عليه المادة 29 من القانون 25/90 كوسيلة وحيدة لإثبات الملكية العقارية الخاصة، فدعوى استحقاق الملكية إذا ليست السبيل الوحيد لحماية حق الملكية إنما هي الدعوى التي يتعين على صاحبها أن يثبت ملكيته للحق المطالب به بموجبها و من ثم أرى أن أبدأ بشرح طرق الحماية القضائية لحق الملكية العقارية الخاصة ثم تحديد مفهوم دعوى استحقاقها و قواعد الإثبات فيها.

المبحث الأول: الحماية القضائية للملكية العقارية الخاصة

قد يتم التعرض لحق الملكية بصفة عامة و حق الملكية العقارية الخاصة بوجه أخص من السلطة العامة أو من الأشخاص الخاصة و قد يرتبط المتعرض لحق الملكية مع المالك بعقد و يكون اعتداءه عليها بسبب عدم أو سوء تنفيذ بنود هذا العقد و في كل هذه الحالات المختلفة للمالك طلب الحماية القضائية لحقه واختيار الدعوى المناسبة لذلك و تبقى دعوى الاستحقاق أهم سبل حماية حق الملكية باعتبار أنها الحل الوحيد أمام المالك لاسترداد ملكيته المغتصبة في حال إنكار صفته كمالك لها أو في الحال التي لا يمكنه فيها استعمال باقي الدعاوى التي يمكنه من خلالها المطالبة بحماية حقه، و هي تتميز عن تلك الدعاوى بأنه يتعين على رافعها إثبات صفته كمالك تحت طائلة عدم قبول دعواه، و عليه اخترت تخصيص المطلب الأول من هذا المبحث لدراسة هذه الدعوى بوجه عام و تحديد مفهومها و القواعد التي تحكمها بينما خصصت المطلب الثاني للتطرق للإثبات في دعوى الاستحقاق و للقواعد الخاصة بإثبات الملكية العقارية الخاصة.

المطلب الأول: دعوى استحقاق الملكية بوجه عام

كما سبق الإشارة إليه فإن الدعاوى التي تحمي حق الملكية تختلف بحسب طبيعة و شخص المتعرض له و أهمها دعوى الاستحقاق التي يقع عبء الإثبات فيها على المالك الأمر الذي جعل اللجوء إليها لا يكون عادة إلا إذا تعذر رفع غيرها من الدعاوى التي تحقق الحماية القضائية لهذا الحق، و تمييز هذه الدعوى عن باقي الدعاوى التي تحمي حق الملكية يقتضي بداية دراسة مختلف الطرق المقررة قانونا لحماية حق الملكية .

الفرع الأول: تعدد دعاوى الملكية

يمك ن تصد نيف الـ دعاوى التـ ي تحمـ ي حـ ق الملكيـ ة حسـ ب شـ خص المعتـ دي و طبيعة الاعتداء الواقع على هذا الحق كما يلي:

أولا: حماية حق الملكية في مواجهة السلطة العامة

قـ د يـ تم التعـ رض لحـ ق الملكيـ ة مـ ن طـ رف السـ لطة العامـ ة لـ ذا أحاطـ ه المشـ رع بحمايـ ة قانونيـ ة فـ ي مواجهـ ة تصـ رفاتها الغيـ ر مشـ روعة و تتجلـ ى هـ ذه الحمايـ ة فـ ي رقابـ ة القضـ اء علـ ى تصـ رفات الإدارة التـ ي يمكـ ن أن تمـ س بملكيـ ة الخـ واص، و تـ تم هـ ذه الرقابـ ة فـ ي الجزائـ ر مـ ن طـ رف القضـ اء الإداري عمـ لا بالمـ ادتين 800 و 801 مـ ن قـ انون الإجـ راءات المدنيـ ة و الإداريـ ة. أمـ ا فـ ي فرنسـ ا فـ إن هـ ذا الأخيـ ر مخـ تص بـ النظر فـ ي المنازعـ ات المتعلقـ ة بقـ رارات نـ زع الملكيـ ة للمنفعـ ة العامـ ة فـ ي حـ ين يعتبـ ر القاضـ ي العـ ادي باعتبـ اره الحـ امي التقليـ دي لحـ ق الملكيـ ة مختصـ ا فـ ي كـل النزاعـ ات بـ ين الإدارة و الخـ واص المتعلقـ ة بالاسـ تيلاء و التعـ دي و كـ ل مـ ا يتعلـ ق بإنكـ ار حـ ق الملكية[1].

ثانيا: حماية حق الملكية في مواجهة الأشخاص الخاصة

إن الوسـ ائل المخولـ ة للمالـ ك الـ ذي اعتـ دى الغيـ ر علـ ى ملكيتـ ه مـ ن أجـ ل إصـ لاح الضـ رر اللاحـ ق بـ ه أو كـ ف التعـ دي أو إقـ رار حقـ ه فـ ي الملكيـ ة تختلـ ف حسـ ب ظـ روف و طبيعة الاعتداء الواقع عليه و يمكننا أن نميز بين ثلاث حـالات.

[1] -Alex Weill, droit civil, Les biens, Dalloz, Paris, 1970, P 433, 434.

1 أن يلحق الضرر بالمال المملوك Dommage causés aux biens

يمكن في هذه الحالة أن يرفع المالك إحدى الدعاوى الثلاث التالية:

إما **دعوى المسؤولية التعاقدية action contractuelle** إذا كان الضرر ناجم عن عدم أو سوء تنفيذ التزام تعاقدي و مثاله مسؤولية المستأجر عن الحريق أو **دعوى مدنية أمام القضاء الجزائي action civile devant une juridiction répressive** إذا كان الضرر ناجم عن أفعال ذات طبيعة جرمية إذا لم يختر المالك أن يطالب بالتعويض أمام القاضي المدني.و قد يلجأ إلى رفع **دعوى مسؤوليـــة مدنيــــــــــة action en responsabilité civile délictuelle** كأن يؤسس دعواه على المسؤولية عن الخطأ، عن الأشياء أو عن فعل الغير.

2 حالة المساس بممارسة المالك لسلطاته Trouble dans l’exercice des prérogatives du Propriétaire

في هذه الحالة أيضا للمالك الحق في إقامة عدة دعاوى يمكن تصنيفها كما يلي:

إما **دعوى المسؤولية العقدية** و هذا في حال أن المساس بسلطات المالك تم من طرف المتعاقد معه أو من الغير الذي يضمنه المتعاقد مع المالك و مثال ذلك دعوى ضمان عدم التعرض أو إحدى **دعاوى المسؤولية عن الإخلال بالتزامات الجوار** و ذلك إذا كان الضرر ناتج عن خرق التزامات الجوار المقررة قانونا أو حتى في حال غياب خرق صريح لنص قانوني يمكن للمالك إعمال نظرية مضار الجوار théorie des troubles du voisinage أو في حالات نادرة فكرة التعسف في استعمال الحق.le concept d’abus de droit و قد يلجأ إلى رفع إحدى **دعاوى الحيازة actions possessoires** في حال عدم تمكنه من إقامة

واحدة من الدعاوى السابقة الذكر أو أن يقيم **دعوى استعجالية** و ذلك في الحالات التي تتوافر فيها شروط اللجوء إلى القضاء الإستعجالي.

3 حالة اغتصاب حيازة المالك Dépossession illégitime

و هو الاعتداء الأخطر على وضعية المالك كونه يتضمن إنكارا لسند ملكيته، فإذا تعلق الأمر بمنقول فإن للمالك أن يسلك **الطريق الجزائي** كون الفعل يكيف عادة تكييفا جزائيا، سرقة، نصب ....، غير أن الحائز الجديد قد يواجه المالك بقاعدة الحيازة في المنقول سند ملكيته إذا كان حسن النية.

و يمكن في حالات معينة للمالك أن يقيم **دعوى المسؤولية العقدية** كما هو الحال بالنسبة للدعوى التي يقيمها المؤجر أو المعير أو المودع ضد المتعاقد معه قصد استرداد العين محل العقد إذا رفض هذا الأخير ردها دون وجه حق و أنكر على المالك حقه.

و يمكن للمالك أيضا أن يقيم **دعوى استرداد الحيازة** للحصول على حماية أسهل و أسرع.

غير أنه في كثير من الحالات لا يكون للمالك الحق في إقامة أي من الدعاوى السابقة الذكر حيث تتم منازعته في وجود حقه كمالك، فلا يبقى أمامه سوى أن يرفع **دعوى استحقاق الملكية action en revendication** و يكون ملزما بتقديم الدليل على قيام حقه كمالك[1]، أما في غيرها من الدعاوى السابقة الذكر فلا يكون المالك ملزما بإثبات صفته كمالك و هو ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 180020 المؤرخ في 1999/07/13 الذي جاء فيه **" لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما ألزموا الطاعنين بإثبات صفتهم كمالكين مع أن العارية يمكن إثباتها بكل الوسائل القانونية و لا تستلزم أن يكون**

[1]- François Terre, Philippe Simler, Droit civil, les biens, Dalloz, 6ème édition, 2002, P 377 à 381.

المعير ر مالك ا للع ين المع ارة، ف إنهم يكون ون ق د تطرق وا ل دعوى الملكي ة و بالت الي ف إنهم أخطئ وا تطبي ق الق انون و عرض وا ق رارهم لل نقض "[1]، و يلاح ظ ف ي ه ذا الق رار كي ف أن قض اة ال نقض كيف وا موض وع الطل ب القض ائي بأن ه دع وى تتعل ق بالمس ؤولية العقدي ة القائم ة عل ى أس اس الإخ لال بتنفي ذ المس تعير لالتزام ه ب رد الع ين المع ارة و الت ي لا تس تلزم م ن الط اعنين إثب ات ملكي تهم للح ق موض وع الن زاع و اعتب روا أن مناقش ة قض اة الموض وع لص فة الط اعنين كم لاك للع ين المع ارة يفي د أنه م كيف وا خط أ موض وع الطل ب القض ائي بأن ه يتعل ق ب دعوى اس تحقاق الملكي ة الت ي عب ر عنه ا الق رار بمص طلح دع وى الملكي ة و عل ى ه ذا الأس اس ق اموا ب نقض الق رار المطعون فيه.

الفرع الثاني: مفهوم دعوى استحقاق الملكية

يمكن إعطاء مفهوم لدعوى الاستحقاق من خلال تعريفها و تحديد أحكامها

أولا: تعريف دعوى استحقاق الملكية

ه ي ال دعوى الت ي يمارس ها المال ك بص فته ك ذلك ض د ك ل م ن يض ع ي ده دون وج ه ح ق عل ى ملكيت ه وي رفض ردها إلي ه منازع ا إي اه ف ي حق ه كمال ك، و ته دف ه ذه الدعوى إلى الاعتراف بحق الملكية و استرداد المال المملوك[2].

و تق وم دع وى الاس تحقاق عل ى المنازع ة ف ي ح ق الملكي ة عل ى أس اس أن ه ذا الح ق ق د اغتص ب بغير ح ق م ن الغير ال ذي ي رفض رده، فه ي تق وم عل ى أس اس وجود حق الملكية و تهدف إلى المطالبة باسترداد حيازة هذا الحق[3]

[1]- المجل ة القض ائية، المحكم ة العلي ا، قس م الوث ائق، الع دد الأول، ال ديوان ال وطني للأش غال التربوي ة، الجزائ ر، 1999، ص 173.

[2]- François Terre, Philippe Simler, Op.Cit., P 382.

[3] - Alex Weill, Op.Cit., P 435.

و ترف ع دع وى الاس تحقاق ضد د ح ائز الم ال المطال ب ب ه أو ضد د الح ائز العرض ي ال ذي لا ي دعي حق ا ل ه عل ى الم ال موض وع الن زاع إنم ا ي رفض إرجاع ه بحج ة أن ه يح وزه لص الح ش خص آخ ر و ف ي ه ذه الح ال وج ب عل ى الم دعى علي ه تحدي د هوي ة الش خص ال ذي يح وز لفائدت ه لي تم إدخال ه ف ي الخص ام بوص فه الح ائز الفعلي للمال المتنازع عليه[1].

و الحك م الفاص ل ف ي دع وى اس تحقاق الملكي ة ه و الحك م ال ذي يثب ت ح ق الملكي ة لأح د أط راف ال دعوى و ه و يش كل حج ة ب ين طرفي ه، و علي ه مت ى ص در الحك م باس تحقاق الم دعي للملكي ة المتن ازع عليه ا و ص ار نهائي ا ح ائزا لق وة الش يء المقض ي في ه أص بح ه ذا الحك م عن وان للحقيق ة ب ين طرفي ه و ك ان عل ى الم دعى علي ه الالت زام بتنفي ذه ف إذا أم ر الحك م ب أن ي رد خاس ر ال دعوى للم دعي منق ولا أو كمي ة م ن الأش ياء المنقول ة المعين ة أو الأش ياء المثلي ة ك ان علي ه أن يس لمها لطال ب التنفي ذ عم لا بالم ادة 623 م ن ق انون الإج راءات المدني ة و الإداري ة، أم ا إذا تعل ق الحك م بتس ليم عق ار أو ترك ه أو التن ازل عن ه ك ان علي ه أن ينق ل الحي ازة المادي ة له ذا العق ار لطال ب التنفيذ عملا بالمادة 624 من نفس القانون.

أم ا بالنس بة لآث ار الحك م الفاص ل ف ي دع وى الاس تحقاق بالنس بة للغي ر فإن ه كغي ره م ن الأحك ام القض ائية يخض ع لمب دأ نس بية الش يء المقض ي في ه principe de l’autorité relative de la chose jugée، إذ م ن الخط أ أن نس تخلص م ن ك ون الملكي ة ح ق مطل ق و ل ه حجي ة ف ي مواجه ة الغي ر erga omnes أن للحك م الفاص ل ف ي دع وى اس تحقاقها ق وة مطلق ة ف ي مواجه ة الغي ر ذل ك أن ه يج ب التفرق ة ب ين خص ائص الح ق نفس ه و ب ين خص ائص الس ند المق رر ل ه، ف القوة المطلق ة للحك م الفاص ل ف ي دع وى الاس تحقاق l’autorité absolue du jugement له ا م دى جد مختلف عن حجية حق الملكية في مواجهة الغير l’opposabilité aux tiers du droit de propriété التي لا تمنع الغير من المنازعة في وجود الحق، كما

[1]- François Terre, Philippe Simler, Op.Cit., P 383, et Alex Weill, Op.Cit., P 435.

أن انتفاء القوة المطلقة للحكم في مواجهة الغير لا يعني عدم إمكانية الاحتجاج بحق الملكية ذلك أن هذا الحكم يعد قرينة على ملكية من صدر الحكم لصالحه إلا أنها قابلة للطعن ممن لم يكن طرفا في الحكم الذي يمكن له أن يقدم من الأدلة ما يثبت به أنه أحق بها ممن يحتج بالحكم في مواجهته وهذا تطبيقا للنظرية العامة لآثار الأحكام في مواجهة الغير،[1] والملاحظ أن إخضاع الحكم لإجراء الشهر العقاري لا يغير من قوته، لأن هذا الإجراء ليس سوى شرط لاكتسابه الحجية اتجاه الغير وهو ليس شرطا لاكتساب الحكم قوة الشيء المقضي فيه، لذا فإن شهر الحكم الصادر في دعوى الاستحقاق لا يضيف شيئا لقوته التي تبقى دائما نسبية[2].

ثانيا: أحكام دعوى استحقاق الملكية

تخضع دعوى استحقاق الملكية للقواعد العامة المتعلقة بإجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها ويكون موضوع المطالبة القضائية في دعوى استحقاق الملكية العقارية استرداد العقار المغتصب وقد يتسع إلى المطالبة بما يتبعه من ملحقات وكذا إلى الثمار والمنتجات، في حين تنصب دعوى استحقاق الملكية المنقولة أساسا على المال المنقول الذي يزعم المدعي اغتصابه منه.

غير أن دعوى الاستحقاق تحكمها قواعد خاصة سأحاول تلخيصها فيما يلي مع إبراز مواضع الاتفاق والاختلاف بين كل من دعوى استحقاق الملكية العقارية ودعوى استحقاق الملكية المنقولة.

[1]- François Terre, Philippe Simler, Op.Cit., P 378, et Patrice Jourdain, Les biens, Dalloz, Delta, Paris, 1995, P 281.
[2]- Patrice Jourdain, Op.Cit., P 281.

أولا: من حيث التقادم

تخضع دعوى الاستحقاق لقاعدة اللاتقادم و هي قاعدة منبثقة عن مبدأ أن الملكية حق دائم لا يسقط بعدم استعماله و تشترك في هذه القاعدة دعوى استحقاق الملكية العقارية مع دعوى استحقاق الملكية المنقولة[1]، و قد استقر القضاء في فرنسا على أن دعوى الاستحقاق لا تخضع للتقادم خروجا عن القاعدة العامة المقررة في المادة 2262 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بتقادم الدعاوى العينية و الشخصية بمرور 30 سنة[2]، و هو ما اتجه إليه القضاء المصري أيضا[3].

ثانيا: من حيث الاختصاص النوعي

ينعقد الاختصاص النوعي للنظر في دعوى الاستحقاق إذا تعلق موضوعها بملكية عقارية للقسم العقاري بالمحاكم إن وجد و للقسم المدني في المحاكم التي لم ينشأ بها قسم عقاري بينما ينعقد الاختصاص للقسم المدني إذا تعلقت الدعوى بملكية منقولة، و يترتب على رفعها أمام القسم غير المعني الأمر بإحالة الملف أمام القسم المختص عن طريق أمانة ضبط المحكمة بعد إخبار الرئيس عملا بنص المادتين 32، 512 من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[4]، و قد كانت المادة الأولى من الأمر 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية[5] الملغاة أحكامه بالقانون 09/08 السابق الإشارة إليه، تعقد الاختصاص للنظر في القضايا المدنية و من بينها دعوى استحقاق الملكية للمحاكم. و تطبيقا لهذا المبدأ صدر القرار رقم 52039، المؤرخ في 1989/04/05 بخصوص نزاع عقاري يتعلق بالتعدي على

[1]- Alex Weill, Op.Cit., P 435, 436.

[2]- François Terre, Philippe Simler, Op. Cit., P 383.

[3]- راجع ما سبق أن أشرت إليه تحت عنوان الملكية حق دائم ص 14، 15، من هذه المذكرة

[4]- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وزارة العدل، مطبعة دار القصبة للنشر، الجزائر، 2008.

[5]- قانون الإجراءات المدنية، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية ONTE، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005.

الحيازة وقد جاء فيه أن **" المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية والاجتماعية التي تختص بها محليا ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن دعوى الطاعنين تتمثل في أرض تم الاعتداء عليها من طرف المطعون ضدهم – التعدي على الحيازة -، فإن قضاة الاستئناف بموافقتهم على الحكم المستأنف القاضي بعدم الاختصاص قد تنازلوا عن اختصاصهم المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية وواجبهم في الفصل في الدعوى "**[1].

ثالثا: من حيث الإثبات

وفي مجال الإثبات يلتزم المدعي في دعوى استحقاق الملكية العقارية بالقواعد المقررة قانونا لإثبات الملكية العقارية خاصة ما يتعلق منها باشتراط الرسمية والشهر والتي سأتطرق لها لاحقا وبالمقابل في دعوى استحقاق الملكية المنقولة يصطدم المدعي بالارتباط القائم بين الملكية والحيازة فيما يخص الإثبات والذي تقرره المادة 835 من القانون المدني التي تقضي باكتساب ملكية المنقول بحيازته متى اقترنت بحسن النية وتوافر السند الصحيح وتجعل من الحيازة في حد ذاتها قرينة على وجودهما لدى الحائز ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، مما يثقل كاهل المدعي في دعوى استحقاق الملكية المنقولة بعبء إثبات عكس القرينة القائمة لصالح الحائز للمال المنقول المطالب به.

[1]- المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المستندات والنشر، العدد الثالث، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص 43.

المطلب الثاني: الإثبات في دعوى استحقاق الملكية

لا تطرح إشكالية إثبات الملكية العقارية الخاصة إلا إذا كنا أمام دعوى استحقاقها، و بعد أن حددت مفهوم هذه الدعوى بصفة عامة و تطرقت لأحكامها الخاصة سأحاول فيما يلي دراسة قواعد الإثبات في دعوى الاستحقاق بوجه عام بدءا بإعطاء مفهوم للإثبات تمهيدا للمبحث الثاني من هذا الفصل المخصص للإثبات في دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة.

الفرع الأول: مفهوم الإثبات

يمكن إعطاء مفهوم للإثبات من خلال تعريفه و استخلاص أركانه.

أولا: تعريف الإثبات

الإثبات لغة، هو **" تأكيد الحق بالبينة و البينة هي الدليل أو الحجة "**.و المقصود بالحق في هذا التعريف حقيقة أي شيء سواء أكان لذلك أثر قانوني أم لا، كالسفر و الإقامة و أية مسألة علمية أو تاريخية، و البينة أي دليل و أية حجة سواء كان ذلك شهادة شهود أو قرائن[1].

و في اللغة الفرنسية العامية تعني كلمة إثبات « **ما يظهر صحة قضية ما، حقيقة فعل ما "**[2].

---

[1]- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السابعة، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص 13.

[2] -Dans le langage courant, la preuve est “ ce qui montre la vérité d’une proposition, la réalité d’un fait ’’, P.-E. LITTRE, Dictionnaire de la langue française, V Preuve et prouver, d’après Jean-Louis Mouralis, Encyclopédie juridique, Répertoire droit civil, Tome VIII, recueil V, Preuve, Dalloz, Paris, Avril 2007, P 05.

و بالنسبة للمفهوم القانوني للإثبات فقد عرفه مارسال Marcel Planiol بلانيول و جورج ريبارت Georges Ripert بأنه **" أن يقدم للقاضي عناصر إقناع كافية لبيان صحة واقعة يدعيها طرف في النزاع و ينكرها طرف آخر "**[1].

كما عرف الإثبات القانوني بأنه **" إقناع القاضي بصحة إدعاء معين "** مما يجعل هذا الإثبات إثبات قضائي لأنه يتعلق بقيمة وسيلة إثبات معينة إذا ما عرضت على القاضي بمناسبة نزاع[2].

و قد عرفه كل من نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود زهران بأنه **" إقامة الدليل أمام القضاء بالكيفية و الطرق المحددة قانونا على الواقعة القانونية التي تمثل مصدر الحق المتنازع فيه "**[3].

أما أحمد نشأت فعرفه بأنه **" تأكيد حق متنازع فيه بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق "**[4].

و يمكن القول أن كلمة إثبات بمعناها القانوني قد تؤدي ثلاث معان ، الأول و هو إدلاء أحد الخصوم بالعناصر التي تحصل بها قناعة القاضي بخصوص صحة إدعاءاته و في هذا السياق يمكن التكلم عن عبء الإثبات و عن المكلف بالإثبات أو ما يسمى باللاتينية actus probandi ، والثاني يقصد به تلك العناصر نفسها و الأدلة التي تقدم أمام القاضي قصد إقناعه بصحة إدعاء ما من دليل كتابي، بينة، يمين، قرائن أو إقرار ، أما الثالث فيراد به تلك النتيجة التي تحصل بعد تقديم الأدلة فيقال أثبت الخصم أو لم يثبت إدعائه و يقال أيضا اكتمل الإثبات أو لم يكتمل[5].

---

[1]- Marcel Planiol, Georges Ripert, Traite pratique de droit civil français, Tome VII, Obligations, Deuxième partie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1931, P 743.

[2]- Jean-Louis Mouralis, Op.Cit., P 05.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 07.

[4]- أحمد نشأت، مرجع سابق، ص 14.

[5]- Marcel Planiol, Georges Ripert, Op.Cit., P 743 et Jean-Louis Mouralis, Op.Cit., P 05, et voir également

و تجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي كالمؤرخ و العالم أو أي باحث وراء حقيقة، لا يصل إلى الحقيقة المجردة، و إنما إذا اقتنع بدليل على قيام أمر قضى به، غير أن الإثبات القضائي ينفرد بخصائص تميزه عن الإثبات في المواد العلمية و التاريخية، منها ما يتعلق بتقييد حرية الإثبات التي تعد مطلقة في المواد الأخرى، بحيث أن العالم أو المؤرخ له مطلق الحرية في البحث و التنقيب عن الدليل الذي يرى أنه قد ينتج في المسألة التي يريد تقريرها، و هو الذي يختار الواقعة التي يريد إثباتها و يعينها و يحددها ثم يقيم الدليل على صحتها، أما القاضي فلا يملك شيئا من ذلك بل الخصم صاحب المصلحة هو الذي يقوم بذلك كله و ليس للقاضي أن يبين للخصوم حقوقهم و طرق إثباتها كما أن نطاق الأدلة أمامه محدود فلا يمكنه مهما كان اعتقاده بصحة الدليل الغير جائز قانونا الأخذ به، و من خصائصه أيضا أن القاضي إذا أصدر حكمه و أصبح نهائيا اعتبر حكمه عنوانا للحقيقة و وجب الخضوع له و تنفيذه أما ما يقرره العالم أو المؤرخ فهو محل مناقشة و يصح الأخذ به أو تركه[1]، كما يتميز الإثبات القضائي بأن القاضي ملزم بالفصل في النزاع المطروح عليه إذ لا يمكنه لا ترك النزاع معلقا لعدم كفاية الأدلة و لا مناقشة حجية شيء مقضي فيه[2].

و للإثبات القضائي أهمية بالغة ذلك أن صاحب الحق المتنازع فيه ما لم يستطع إثباته أمام القاضي يصبح و كأنه غير مالك لهذا الحق و ما يعبر عنه باللاتينية بالصيغة التالية idem est non esse est non probari و يقابله باللغة الفرنسية c'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé و مع ذلك فإن هذا لا يعني أن الحق لا وجود له مستقلا عن وسيلة إثباته و أن غياب دليل الإثبات لا يعني دائما انعدام أثار الحق موضوعه و الذي يؤكد ذلك أن آثار العقد ترجع إلى تاريخ إبرامه و إن كان المحرر الكتابي الذي

يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 1988، ص15.

1 -أحمد نشأت، مرجع سابق، ص 15، 20، 21.

2 -Jean-Louis Mouralis, Op.Cit., P 06.

يشترطه القانون لإثباته قد حرر بتاريخ لاحق، كما أن الحق الغير منازع فيه ينتج آثاره[1]، لذا فإن من الضروري التمييز بين الحق و إثباته خاصة عندما يكون دليل الإثبات هو الكتابة و تكون هذه الأخيرة خاضعة لشكلية معينة تحت طائلة البطلان ذلك أن تقرير بطلان المحرر المكتوب المشترط كدليل للإثبات لا يلحق الحق في حد ذاته بل و قد يجيز القانون إثباته بطرق أخرى[2]

ثانيا: أركان الإثبات

حتى يكتمل لدينا مفهوم الإثبات يمكن من خلال ما سبق تقديمه كتعريف له استخلاص القواعد التي يقوم عليها نظام الإثبات القضائي أو ما كما عبر عنها المستشار أحمد نشأت بأركان الإثبات.

1- أن تكون هناك واقعة متنازع عليها

لا ضرورة للتقاضي أو الإثبات ما لم تكن هناك واقعة متنازع عليها و القاعدة أن على المدعي إقامة الدليل على صحة دعواه ما لم يقر له خصمه بكل ما يدعيه أو بجزء منه، إقرارا قاطعا و غير مخالف للنظام العام[3].

و الواقعة المتنازع عليها إما أن تكون ارتباطا قانونيا " un acte juridique " أي تعاقدا حصل بإرادة الطرفين المتعاقدين كالبيع والرهن أو تكون حادثة مادية " un fait matériel " كالاغتصاب و وضع اليد و الحريق.

[1]- Jean-Louis Mouralis, Op.Cit., P 06.

[2]- لحسن بن الشيخ آث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 163، 164.

[3]- نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود الزهران، مرجع سابق، ص 29، 30.

كما يجب أن تكون الواقعة المتنازع عليها متعلقة بموضوع الدعوى " le fait doit être pertinent"، منتجة فيها " le fait doit être concluant "، و جائز قبولها " le fait doit être admissible ".

و تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به إذا كانت مصدر له كتمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بالثمن و هو ما يسمى بالإثبات المباشر " preuve directe " أو أن تكون واقعة بديلة عن الواقعة الأصلية إلا أنها متصلة بها اتصالا وثيقا و هو ما يعرف بالإثبات غير المباشر " preuve indirecte " حيث ينصب الإثبات على واقعة أجنبية طبقا لفكرة تحويل الدليل " déplacement de la preuve "[1] بحيث يستدل من ثبوت الواقعة البديلة المعلومة من خلال إقامة الدليل عليها على الواقعة الأصلية المجهولة اعتمادا على الغالب المألوف في العلاقة بين الأمور بحسب ما تجري به طبيعة الأشياء كالاستدلال على إهمال الجراح بإثبات سكره قبل إجراء الجراحة بوقت يغلب على الظن معه استمرار تأثره بسكره[2].

و تكون الواقعة منتجة في الدعوى إذا كانت مؤثرة و مجدية في إقناع القاضي بثبوت الحق المدعى به، و هو ما يتحقق حيث يكون ثبوتها بذاته مؤديا إلى ثبوت الحق المدعى به أو حيث تتساند مع غيرها من الوقائع لإثباته[3].

و تكون الواقعة جائز قبولها إذا كان القانون لا يمنع إثباتها كما هو الحال بالنسبة لعدم جواز إثبات ما يخالف قرينة قانونية عملا بالمادة 338 من القانون المدني الجزائري و كذا منع المادتين 335 و 342 من القانون المدني الفرنسي إثبات النسب غير الشرعي أو النسب بالأقارب المحرمة[4].

1- يحي بكوش، مرجع سابق، ص 27.
2- نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود الزهران، مرجع سابق،ص 34، 35.
3- نفس المرجع، ص 36.
4- يحي بكوش، مرجع سابق ،ص 29، 30.

ويجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها محصورة غير مطلقة أي معينة و محددة فإذا رفعت دعوى بدين وجب تعيين مقداره[1].

2- أن يكون لهذه الواقعة أثرا قانونيا

بمعنى أنه يجب أن تكون الواقعة في حال ثبوتها أساسا لحق من الحقوق بناءا على أحد مصادر القانون كالنص التشريعي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة[2]

3- أن يكون الإثبات بالدليل الذي أباحه القانون

بين القانون الأدلة التي تثبت بها الحقوق المختلفة و القاضي مقيد بطرق الإثبات التي عينها المشرع و ليس كل ما يؤدي إلى إقناعه يثبت به الحق كما يجب على القاضي ألا يأخذ بالدليل إلا بعد أن يتبع الإجراءات الخاصة به[3].

الفرع الثاني: قواعد الإثبات في دعوى استحقاق الملكية

المقصود بقواعد الإثبات ما يرد عليه هذا الأخير أي محله، ثم على من يقع عبء تقديم الدليل المقنع للقاضي؟

[1]- أحمد نشأت، مرجع سابق، ص 37.
[2]- نفس المرجع، ص 37 إلى 43.
[3]- أحمد نشأت، مرجع سابق، ص 44، 45.

أولا: محل الإثبات في دعوى استحقاق الملكية

يرد الإثبات على السبب المكسب للحق، لا على الحق ذاته و بالتالي يرد الإثبات في دعوى استحقاق الملكية على أسباب كسبها، كالعقد أو التقادم المكسب أو الالتصاق فإذا أراد المدعي إثبات ملكيته لعقار آل إليه عن طريق الشراء كان عليه إثبات وجود عقد البيع الذي اكتسب به الملكية، و متى أراد أن يثبت ملكيته لمنقول فيكفي أن يثبت حيازته له و يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز فإذا لم يكن حائزا له كان عليه أن يدحض قرينة الحيازة في المنقول مع إثبات السبب الذي كسب به ملكية المنقول[1].

ثانيا: عبء الإثبات في دعوى استحقاق الملكية

تطبيقا للقواعد العامة في الإثبات، فإن على المدعي بحق الملكية إثبات أنه مالك، و يفترض في دعوى الاستحقاق أن ترفع ضد الحائز الذي بوصفه مدعى عليه لا يكون ملزما بإثبات ملكيته التي تعد الحيازة قرينة عليها، و بالتالي يقع على المدعي عبء إثبات عكس هذه القرينة حتى و إن بقي خصمه في موقف سلبي و لم يقدم أي دليل لصالحه، بل و لا يكفيه أن يثبت انتفاء ملكية خصمه المدعى عليه إنما يجب عليه أن يثبت وجود حقه هو[2].

و ينتقل عبء الإثبات أثناء سير الخصومة القضائية من طرف إلى آخر، إذ يكون في بدايتها على المدعي إثبات ما يدعيه إذا ما أنكره عليه خصمه، طبقا للمبدأ القانوني actori incumbit probatio، فإذا قدم المدعي الدليل على صحة ادعاءه كان بإمكان المدعى عليه أن يعارض طلبه بتقديم دفوعه بالنسبة لموضوع الدعوى

[1]- عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 41.
[2]- Alex Weil, Op.Cit., P 444, François Terre, Philippe Simler, Op.Cit., P 392, Patrice Jourdain, Op.Cit., P 275.

و هذا ينتقل عبء الإثبات إليه لإثبات صحة الدفع الذي يستند عليه طبقا للمبدأ القانوني reus in exipiendo fit actor، و هكذا يتنقل عبء الإثبات بالتناوب أثناء سير الخصومة القضائية بين أطرافها[1]، و تجد هذه القاعدة مجالا واسعا للتطبيق في دعاوى استحقاق الملكية بل و قد ينتج عن تطبيقها إشكالات كبيرة بشأن الموازنة بين الأدلة المقدمة بين الطرفين فيما يتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة، و مثال ذلك أنه وفي ظل نظام الشهر الشخصي قد يتقدم المدعي بعقد شهرة يثبت ملكيته للعقار موضوع النزاع فيدفع خصمه المدعى عليه بملكيته لنفس العقار بموجب عقد شهرة أيضا وهذا يكون القاضي أمام عقدين رسميين مشهرين يثبت كل منهما ملكية نفس العقار لشخصين مختلفين.

[1]- Jean-Louis Mouralis, Op Cit., P 109.

المبحث الثاني: الإثبات في دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة

تخضع دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة لنفس القواعد التي سبق شرحها بالنسبة لدعوى استحقاق الملكية بوجه عام، غير أن المشرع قد خصها بقواعد تتعلق بتنظيم وسائل الإثبات فيها، كاشتراطه إثباتها بسند مشهر طبقا للمادة 29 من قانون التوجيه العقاري لذا خصصت المطلب الأول لدراسة تنظيم طرق الإثبات في هذه الدعوى و خصصت المطلب الثاني للتطرق لأنواع السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة.

المطلب الأول: تنظيم طرق إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري

قيد المشرع من حرية المالك في اختيار الدليل الذي يثبت به ملكيته عن طريق اشتراط الشكلية الرسمية ثم اشتراط شكلية القيد في السجل العقاري.

الفرع الأول: اشتراط الشكلية الرسمية

بموجب الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق تدخل المشرع بصورة بارزة و بالغة الأهمية في مجال تنظيم طرق إثبات الملكية العقارية الخاصة، حيث قضت المادة 12 منه على وجوب تحرير العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان مع دفع الثمن لدى الموثق، ثم أضافت المادة 26 من نفس الأمر أنه على الموثق أن يبين في العقود الناقلة للملكية أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة وحالات و مضمون و حدود العقارات و أسماء المالكين السابقين و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية.

و بهذا النص يكون المشرع قد قيد حرية الأفراد في إثبات ملكيتهم العقارية في حال سعيهم لذلك عن طريق تقديم عقد مكتوب باشتراط الشكلية الرسمية كركن في العقد يترتب على تخلفه بطلان السند المحتج به.

و بعد تبني المشرع نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الذي أوجب شهر حق الملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار و كل العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني في مجموعة البطاقات العقارية، أكد من جديد تمسكه بالأخذ بالشكلية الرسمية عندما نص في المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أن كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم في شكل رسمي.

و بموجب القانون 14/88 المعدل للأمر 58/75 المؤرخ للقانون المدني تم إدراج ما جاء به نص المادة 12 من الأمر 91/70 ضمن نص المادة 324 مكرر 01 الواردة في الفصل الأول المتعلق بالإثبات بالكتابة من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني.

و بموجب المادة 29 من قانون التوجيه العقاري نص المشرع على أنه " **يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية و الحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري** " و الملاحظ على هذا النص أن المشرع قد ضيق سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة في العقود الرسمية المشهرة و الأرجح أنه يقصد بمصطلح عقد أي سند مكتوب و هو ما يؤكده النص الفرنسي لهذه المادة الذي جاء بمصطلح acte مقابل مصطلح عقد الوارد في النص العربي لها و الترجمة الدقيقة لكلمة acte الفرنسية هي سند أو محرر لا عقد التي يقابلها بالفرنسية مصطلح contract، و بهذا النص يكون المشرع قد حصر طرق إثبات الملكية العقارية الخاصة في السندات الرسمية المشهرة.

الفرع الثاني: اشتراط الشهر

استمر تطبيق نظام الشهر الشخصي الموروث عن الاحتلال الفرنسي بعد استقلال الجزائر غير أن بوادر الأخذ بنظام الشهر العيني بدأت تظهر بصدور الأمر 73/71 المتضمن الثورة الزراعية سنة 1970 و بعده المرسوم 32/73 المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة الذي نص في المادة 33 منه على أن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية بمجرد إحداث المسح العام للأراضي للبلاد المحدث ستشكل المنطلق الجديد و الوحيد لإقامة البينة في شأن الملكية العقارية، ثم أشار المشرع إلى نفس المبدأ في المادة 793 من القانون المدني، و أخيرا أصدر الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، ثم المرسوم التنفيذي رقم63/76.

و قد اشترط المشرع الشهر كشرط لوجود التصرفات و الحقوق فنصت المادة 793 من القانون المدني على أن الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين و لا في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري، بمعنى أن المشرع جعل القيد في السجل العقاري شرط لنقل الملكية العقارية و الحقوق العينية الأخرى، و قد أكدت ذلك المادة 16 من الأمر 74/75 بنصها على أن كل العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

كما أن المشرع نص على وجوب القيد كشرط لترتيب الحق و الإجراء المتمسك به آثاره في مواجهة الغير فنصت المادة 15 من الأمر السابق ذكره على أن كل حق للملكية و كل حق عيني أخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا

من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.

و قد اشترط المشرع الرسمية كركن لانعقاد العقد في التصرفات الواجبة الشهر و احترام مبدأ الأثر الإضافي للشهر أي أنه لا يمكن شهر حق ينصب على عقار ما لم يتم شهر السند السابق للمتصرف عملا بالمادة 88 من المرسوم 63/76 باستثناء حالة القيد الأول في إطار عملية مسح الأراضي و العقود العرفية المكتسبة لتاريخ ثابت قبل 1971/01/01 حسب المادة 89 من نفس المرسوم[1].

و قد ذهب المشرع إلى أبعد مما سبق ذكره عندما اشترط شهر السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة لقبول الاحتجاج بها كدليل على وجود هذا الحق بموجب المادة 29 من قانون التوجيه العقاري السابق الإشارة إليها، و بهذا أصبح هذا الشرط لا يخص فقط السندات المثبتة للملكيات الواقعة في المناطق التي طبق بها نظام الشهر العيني بل يشمل حتى تلك التي تتعلق بالملكيات التي تقع في مناطق لم يشملها بعد نظام مسح الأراضي، بحيث يكون المشرع قد اشترط بالنسبة لهذه المناطق شهر سندات الملكية شهرا شخصيا طالما أن نظام الشهر الشخصي يبقى ساري المفعول بالنسبة للعقارات الريفية عملا بالمادة 113 من المرسوم 36/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في حين يتم شهر ملكية العقارات الحضرية الواقعة في مناطق غير ممسوحة شهرا عينيا بإعداد بطاقات عقارية تستند إلى البلدية و إلى اسم الشارع و الرقم طبقا للمادة 27 من نفس المرسوم.

المطلب الثاني: أنواع السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة

يشترط المشرع حسب نص المادة 29 من قانون التوجيه العقاري لإثبات الملكية العقارية الخاصة تقديم سند مشهر، و يشترط لشهر أي سند مثبت لها الشكلية

[1]- ليلى زروقي، عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 64، 67، 69.

الرسـ مية و احتـ رام مبـ دأ الأثـ ر الإضـ افي للشـ هر باسـ تثناء حالـ ة القيـ د الأول والعقـ ود الثابتـ ة التـ اريخ قبـ ل 1971/01/01، و منـ ه يمكننـ ا تلخـ يص السـ ندات المقبولـ ة فـ ي ظـ ل التشريع الجزائري لإثبات الملكية العقارية الخاصة فيما يلي:

الفرع الأول: السندات الرسمية

يشترط القانون في أي محرر مكتوب شروط معينة لاكتساب صفة الرسمية، و هو ما يقتضي منا تعريف السند الرسمي و تحديد شروطه.

أولا: تعريف السند الرسمي

تـ نص المـ ادة 324 مـ ن القـ انون المـ دني الجزائـ ري علـ ى " **أن العقـ د الرسـ مي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه** "، و قـ د كانـ ت صـ ياغة نـ ص المـ ادة 324 قبـ ل تعـ ديلها بموجـ ب القـ انون 14/88 كمـ ا يلـ ي " **الورقـ ة الرسـ مية هـ ي التـ ي يثبـ ت فيهـ ا موظـ ف عـ ام أو شـ خص مكلـ ف بخدمـ ة عامـ ة مـ ا تـ م لديـ ه أو مـ ا تلقـ اه مـ ن ذوي الشـ أن و ذلـ ك طبقـ ا للأشـ كال القانونية في حدود سلطته و اختصاصه** ".

و الملاحـ ظ أن كلمـ ة عقـ د فـ ي الـ نص العربـ ي الجديـ د للمـ ادة 324 يقابلهـ ا باللغـ ة الفرنسـ ية كلمـ ة" acte " و التـ ي تفيـ د ورقـ ة أو سـ ند و هـ ي الترجمـ ة الأصـ ح نظـ را لكـ ون مصـ طلح عقـ د قـ د يفيـ د التصـ رف القـ انوني negotium فـ ي حـ د ذاتـ ه كمـ ا قـ د يفيـ د أداة

إثبـات هـذا التصـرف instrumentium، كمـا أضـيف إلـى نـص المـادة بعـد تعديلـه مصطلح الضابط العمومي تماشيا مع التشريعات السارية المفعول و اللاحقة[1].

و يلاحـظ أن التعريـف الـذي أورده المشـرع الجزائـري للسـند الرسـمي يتوافـق مـع نظيـره المصـري و اللبنـاني حيـث جـاء نـص المـادة 10 مـن قـانون الإثبـات المصـري كمـا يلـي **" المحـررات الرسـمية هـي التـي يثبـت فيهـا موظـف عـام أو شـخص مكلـف بخدمـة عامـة مـا تـم لديـه أم مـا تلقـاه مـن ذوي الشـأن، و ذلـك فـي حـدود سـلطته و اختصاصـه...."**.كمـا نصـت الفقـرة الأولـى مـن المـادة 143 مـن قـانون أصـول المحاكمـات اللبنـاني بـأن **" السـند الرسـمي هـو الـذي يثبـت فيـه موظـف عـام أو شـخص مكلـف بخدمـة عامـة ضـمن حـدود سـلطته و اختصاصـه، مـا تـم علـى يـده أو مـا تلقـاه من تصريحات ذوي العلاقة و فق القواعد المقررة......"**[2].

و قـد عرفـت المـادة 1317 مـن القـانون المـدني الفرنسـي السـند الرسـمي[3] كمـا يلـي **" السـند الرسـمي هـو السـند المحـرر مـن طـرف ضـباط عمـوميين لهـم الحـق فـي تحريره بالمكان الذي حرر فيه و وفقا للأشكال المتطلبة**

و يمكـن أن يحـرر فـي قاعـدة الكترونيـة إذا كـان معـد و محفـوظ وفقـا للشـروط المقـررة بموجـب مرسـوم بمجلـس الدولـة"[4].و رغـم أن المشـرع الفرنسـي قـد سـاير التطـور التكنولـوجي بنصـه علـى إمكانيـة تحريـر السـند الرسـمي فـي شـكل إلكترونـي إلا أنـه يؤخـذ عليـه إغفالـه لوجـوب تـوافر الاختصـاص النـوعي لـدى الضـابط العمـومي المحرر للسند.

---

[1]- أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة ، الجزائر، 2005، ص 15، 16.
[2]- رمضـان أبـو السـعود، أصـول الإثبـات فـي المـواد المدنيـة و التجاريـة، الـدليل الكتـابي، الـدار الجامعيـة، بيـروت 1994، ص 37.
[3]- " L’acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayants le droit d’instrumenter dans le lieu ou l’acte a été rédigé et avec les solennités requises.
Il peut être dressé sur un support électronique s’il est établi et conservé dans les conditions fixées par décret en conseil d’Etat ".
[4] - Jean-Louis Mouralis, Op.Cit., P 9, 14.

و مـ ن خـ لال تعريـ ف المشـ رع الجزائـ ري للسـ ند الرسـ مي يمكـ ن اسـ تخلاص الشروط التي يجب توافرها في المحرر أو السند حتى يكتسب الصفة الرسمية.

ثانيا: شروط السند الرسمي

يشـ ترط نـ ص المـ ادة 324 مـ ن القـ انون المـ دني ليكتسـ ب السـ ند الصـ فة الرسـ مية الشروط التالية:

1- أن يكـ ون السـ ند صـ ادرا عـ ن موظـ ف عـ ام أو ضـ ابط عمـ ومي أو شـ خص مكلـ ف بخدمة عامة

و الموظـ ف العـ ام هـ و الشـ خص الـ ذي تعينـ ه الدولـ ة للقيـ ام بعمـ ل مـ ن أعمالهـ ا، سـ واء كـ ان مـ أجورا أو غيـ ر مـ أجور[1]، وقـ د عرفتـ ه المـ ادة 04 مـ ن الأمـ ر 03/06 المـ ؤرخ فـ ي 2006/07/15 المتضـ من القـ انون الأساسـ ي للوظيفـ ة العموميـ ة[2] بأنـ ه **" كـ ل عـ ون عـ ين فـ ي وظيفـ ة عموميـ ة دائمـ ة و رسـ م فـ ي رتبـ ة مـ ن السـ لم الإداري "**، و لا يشـ ترط فـ ي الموظـ ف العـ ام أن يكـ ون مـ ن مـ وظفي الدولـ ة بالـ ذات بـ ل يكفـ ي أن يكـ ون موظفـ ا بإحـ دى الهيئـ ات التابعـ ة لهـ ا، أمـ ا الضـ باط العموميـ ون فالمقصـ ود بهـ م الموثقـ ون و المحضرون و ضباط الحالة المدنية و القناصل كل في حدود اختصاصه[3].

---

[1]- يحي بكوش، مرجع سابق، ص 93.
[2]- الأمـ ر 03/06 المـ ؤرخ فـ ي 2006/07/15 المتضـ من القـ انون الأساسـ ي للوظيفـ ة العموميـ ة، الجمهوريـ ة الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 46، سنة 2006.
[3]- أحمد ميدي، مرجع سابق، ص 18، 19، 20.

أما المقصود بالشخص المكلف بالخدمة العامة فهو كل من كلف بخدمة عامة دون أن يكون موظفا عاما، كالخبير فيما ندب له و المحكم في الدعوى المحكم فيها[1].

و قد اتجه قضاء المحكمة العليا بالجزائر "المجلس الأعلى سابقا" إلى تأكيد الصفة الرسمية للعقود التي حررها القضاة الشرعيون و يمكن الإشارة في هذا الشأن إلى القرار رقم 40097، المؤرخ في 1989/06/03[2] الذي جاء في حيثياته ما يلي **" حيث أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون و طبقا لما استقر الفقه و القضاء عليه تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين و تعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات و ما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير و معاكس لفحواها ".**

2- صدور السند في حدود سلطة محرره و اختصاصه

ويقصد بهذا الشرط أن يكون لمصدر السند الاختصاص النوعي و المكاني لإصداره، و المقصود بالاختصاص النوعي أو الموضوعي أن تكون له الولاية في تحريره، و يشترط في هذه الولاية أن تكون قائمة أثناء تحرير السند و ألا تتحقق في محررها إحدى حالات التنافي المقررة قانونا كأن تكون للموثق مصلحة شخصية أو صلة قرابة مع ذوي الشأن في التعاقد[3] أو غيرها من حالات التنافي المنصوص عليها في المادتين 19، 21 من القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق[4]، أما الاختصاص المكاني فيقصد به ألا يتعدى الموظف العام أو غيره ممن هو مخول قانونا بإصدار سندات رسمية النطاق الإقليمي لاختصاصه

1- رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الدليل الكتابي، مرجع سابق، ص 42.

2- المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المستندات و النشر، العدد الأول، المؤسسة الجزائرية للطباعة وحدة بن بولعيد، الجزائر، 1992، ص 119.

3- أحمد ميدي، مرجع سابق، ص 22، 23، 24.

4- القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 14، سنة 2006.

إلـ ى دائ رة اختصـ اص غيـ ره، فـ لا يجـ وز لضـ ابط الحالـ ة المدنيـ ة لبلديـ ة مـ ا أن يحـ رر وثيقة إقامة لشخص غير مقيم ببلديته[1].

3- مراعاة الأوضاع القانونية في السند الرسمي

يجـ ب أن تكـ ون الأوراق الرسـ مية محـ ررة طبقـ ا للأشـ كال التـ ي نـ ص عليهـ ا القـ انون، و هـ ذه الشـ كليات هـ ي التـ ي تسـ مح بتفسـ ير قرينـ ة الرسـ مية التـ ي تتمتـ ع بهـ ا هـ ذه الأوراق لأنهـ ا تضـ في عليهـ ا ظـ اهرا يـ دل علـ ى صـ حتها و يـ وحي بالثقـ ة فيهـ ا و الاطمئنان إليها[2].

ثانيا: جزاء الإخلال بشروط المحرر الرسمي

تـ نص المـ ادة 326 مكـ رر 02 مـ ن القـ انون المـ دني علـ ى أنـ ه **" يعتبـ ر العقـ د الغيـ ر رسـ مي بسـ بب عـ دم كفـ اءة أو أهليـ ة الضـ ابط العمـ ومي أو انعـ دام الشـ كل، كمحـ رر عرفـ ي إذا كـ ان موقعـ ا مـ ن قبـ ل الأطـ راف "**، و هـ و مـ ا يفيـ د أنـ ه إذا تخلفـ ت شـ روط الرسـ مية فـ ي السـ ند كـ أن يصـ در ممـ ن لـ يس لـ ه السـ لطة القانونيـ ة لإصـ داره أو ألا تراعـ ى فـ ي تحريـ ره الأوضـ اع القانونيـ ة المقـ ررة، فـ إن السـ ند يعتبـ ر بـ اطلا كورقـ ة رسـ مية غيـ ر أنه يتحول إلى سند عرفي إذا توافرت شروطه.

و بطـ لان السـ ند لا يسـ تلزم بطـ لان التصـ رف القـ انوني المثبـ ت بـ ه إذ يمكـ ن إثباتـ ه بوسـ ائل الإثبـ ات الأخـ رى التـ ي يجيزهـ ا القـ انون، مـ ا لـ م تكـ ن الكتابـ ة شـ رط لانعقـ اد التصـ رف كمـ ا هـ و الحـ ال بالنسـ بة للتصـ رفات القانونيـ ة المحـ ددة بـ نص المـ ادة 324

[1]- ميدي أحمد مرجع سابق، ص 29.

[2]- يحـ ي بكـ وش، مرجـ ع سـ ابق، ص 100، أنظـ ر لمزيـ د مـ ن التفاصـ يل المـ واد 324 مكـ رر 02 و 324 مكـ رر 04 مـ ن القـ انون المـ دني، و المـ واد 26 و مـ ا يليهـ ا مـ ن القـ انون 02/06 المتعلـ ق بـ التوثيق، مرجـ ع سـ ابق، و المـ واد 61 و ما بعدها من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، مرجع سابق.

مكرر 01 من القانون المدني، و ما نصت عليه المادة 883 من نفس القانون المتعلقة بالرهن الرسمي.

ثالثا: أنواع السندات الرسمية المثبتة للملكية العقارية الخاصة

يمكن تصنيف السندات الرسمية المثبتة للملكية العقارية بالنظر لصفة محررها إلى، سندات توثيقية و إدارية

1- السندات التوثيقية

هي تلك المحررات التي يقوم الموثق بتحريرها بصفته ضابطا عموميا، وفقا للأشكال و الأوضاع المنصوص عليها قانونا، و في مجال إثبات الملكية العقارية يمكن تقسيمها إلى

أ- العقود التوثيقية

و يتعلق الأمر بكل العقود التي يحررها الموثق بوصفه ضابطا عموميا و التي يكون موضوعها إما إنشاء، نقل، تعديل حق الملكية العقارية الخاصة أو التصريح به، و مثالها البيع و يلحق به الوفاء بمقابل إذا كان المقابل عقارا، المبادلة سواء كانت هذه المبادلة مبادلة عقار بعقار أو منقول بعقار ، عقد الهبة، و كذلك عقود الرجوع في الهبة بين الأصول و الفروع و أيضا عقود تقديم حصة عينية في الشركة أو عقد تأسيس شركة بحصص عينية متمثلة في عقار، كما يمكن تصور أي عقد ناقل للملكية، إذا تضمنت بنوده نقلا للملكية و مثاله عقد الزواج الذي يكون فيه المهر عقارا يمنح للزوجة، و عقد المقاولة الذي تكون أجرة المقاول فيه عقار،و كمثال عن العقود الكاشفة عن حق الملكية نشير إلى عقد القسمة سواء تضمن العقد

قسمة عقار إلى حصص بين المتقاسمين أو قسمة تركة يكون نصيب أحد المتقاسمين فيها عقارا، و عقد الصلح إذا تضمن تنازلا من طرف لأخر على ملكية عقار.

ب- عقد الشهرة

و هو عقد يعد من قبل الموثق طبقا للأشكال و الأوضاع القانونية، في حدود سلطته و اختصاصه، يتضمن إثبات اكتساب الملكية عن طريق التقادم و قد تم استحداثه بموجب المرسوم 352/83 المتضمن سن إجراء لإثبات اكتساب الملكية بالتقادم و إعداد عقد الشهرة، و ذلك كمحاولة لتطهير الوضعية العقارية للمناطق التي لم تتم فيها عملية مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

و لأن مسألة اعتبار عقد الشهرة عقدا أم محررا رسميا يتضمن الاعتراف بالملكية لطالبه هي محل خلاف فإنني لم أدرجه ضمن العقود التوثيقية.

ج- الشهادة التوثيقية

و هي شهادة تعد من قبل الموثق و تشهر في مجموعة البطاقات العقارية باسم جميع المالكين سواء كانوا ورثة أو موصى لهم على الشيوع كل بالحصة التي تعود له، و قد استحدثها المشرع بموجب المادة 91 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، التي تنص الفقرة الأولى منها على أن **" كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة "**.

2- السندات الإدارية

يتعلق الأمر بالعقود و القرارات الإدارية التي تتضمن نقلا للملكية العقارية و التي تعد في شكل عقد رسمي يحرره مدير أملاك الدولة بصفته موثق الدولة و

الجماعات المحلية أو الموثق إذا اختارت الإدارة اللجوء إليه و ليحتج بهذه السندات يجب أن تشهر بالمحافظة العقارية و أن تكون صادرة عن المالك أو بترخيص منه و أن تتضمن تنازلا عن الملكية العقارية.

و من أهم السندات الإدارية التي تشكل دليل إثبات للملكية العقارية الخاصة، العقود المحررة من طرف أملاك الدولة المتضمنة التنازل عن أملاك الدولة في إطار القانون 01/81 المؤرخ في 1981/02/07 المتضمن من التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجارية أو الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و دواوين الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية المعدل و المتمم[1] و الملغى بالمادة 40 من القانون 06/2000 المؤرخ في 2000/12/23 المتضمن قانون المالية لسنة 2001[2]، و كذا العقود المتضمنة التنازل عن أصول المؤسسات العمومية المنحلة لفائدة العمال الأجراء في إطار المرسوم التنفيذي رقم 294/94 المؤرخ في 1994/09/25 المتعلق بكيفيات حل و تصفية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري[3]، و أيضا العقود المتضمنة إرجاع حقوق الملكية للأشخاص الطبيعيين ذوي الجنسية الجزائرية المؤممة في إطار الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية استنادا للأمر 26/95 المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري.و يمكن الإشارة أيضا للعقود المحررة في إطار الاحتياطات العقارية البلدية المتضمنة التنازل بمقابل عن قطع الأراضي الصالحة للبناء الموجودة في التجزئات على سبيل التسوية على أساس المادة 86 من قانون التوجيه العقاري.

---

[1]- القانون 01/81 المؤرخ في 1981/02/07 المتعلق بالتنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 06، سنة 1981.

[2]- القانون 06/2000 المؤرخ في 2000/12/23 المتضمن قانون المالية لسنة 2001، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 80، سنة 2000.

[3]- المرسوم التنفيذي 294/94 المؤرخ في 1994/09/25 المتعلق بكيفيات حل و تصفية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 63، سنة 1994.

و بالإضـ افة إلـ ى السـ ندات السـ ابقة الـ ذكر هنـ اك أيضـ ا الـ دفتر العقـ اري الـ ذي يحـ رره المحـ افظ العقـ اري و يسـ لمه لمالـ ك العقـ ار بمناسـ بة الإجـ راء الأول عقـ ب التـ رقيم النهـ ائي للعقـ ارات الممسـ وحة، طبقـ ا للمـ ادة 18 مـ ن الأمـ ر 74/75.و كـ ذلك سـ ند الملكيـ ة الـ ذي يعـ ده المحـ افظ العقـ اري عقـ ب إشـ هار مقـ رر التـ رقيم العقـ اري طبقـ ا للمـ ادة 21 مـ ن المرسـ وم التنفيـ ذي 147/08 المتعلـ ق بعمليـ ات التحقيـ ق العقـ اري و تسـ ليم سـ ندات الملكية

يمكـ ن أن نشـ ير أيضـ ا إلـ ى سـ ندات الملكيـ ة المسـ لمة فـ ي إطـ ار القـ انون 18/83 المـ ؤرخ فـ ي 1983/08/18 المتعلـ ق بحيـ ازة الملكيـ ة العقاريـ ة الفلاحيـ ة و المرسـ وم التنفيـ ذي 724/83 المـ ؤرخ فـ ي 1983/12/10 المطبـ ق لـ ه[1]، و كـ ذا المرسـ وم التشـ ريعي رقـ م 12/93 المـ ؤرخ فـ ي 1993/10/05 المتعلـ ق بترقيـ ة الاسـ تثمار[2] الملغـ ى بـ الأمر 03/01 المـ ؤرخ فـ ي 2001/08/20[3]، و كـ ذا المرسـ وم التنفيـ ذي رقـ م 289/92 المـ ؤرخ فـ ي 1992/07/06 المحـ دد لشـ روط التنـ ازل عـ ن الأراضـ ي الصـ حراوية فـ ي المسـ احات الإصـ لاحية المطبـ ق للمـ ادة 19 مـ ن قـ انون التوجيـ ه العقـ اري ، و تتضـ من القـ وانين السـ ابقة الـ ذكر كيفيـ ة التنـ ازل عـ ن الملكيـ ة العقاريـ ة للدولـ ة لغـ رض استصلاحها أو استثمارها[4].

الفرع الثاني: الأحكام و القرارات القضائية

ويقصـ د بهـ ا الأحكـ ام و القـ رارات القضـ ائية الحـ ائزة علـ ى حجيـ ة الشـ يء المقضـ ي فيـ ه و التـ ي تقضـ ي بإنشـ اء أو بالكشـ ف أو بتقريـ ر حـ ق الملكيـ ة العقاريـ ة لأحـ د أطرافهـ ا

---

[1]- المرسـ وم التنفيـ ذي 724/83 المـ ؤرخ فـ ي 1983/12/10 يحـ دد كيفيـ ات تطبيـ ق القـ انون 13/83 المـ ؤرخ فـ ي 1983/08/13 و المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

[2]- المرسـ وم التشـ ريعي 12/93 المـ ؤرخ فـ ي 1993/10/05 المتعلـ ق بترقيـ ة الاسـ تثمار، الجمهوريـ ة الجزائريـ ة، الجريدة الرسمية، عدد 46، سنة 1993.

[3]- الأمـ ر 03/01 المـ ؤرخ فـ ي 2001/08/20، المتعلـ ق بتطـ وير الاسـ تثمار، الجمهوريـ ة الجزائرية،الجريـ دة الرسمية، عدد 47، سنة 2001.

[4]- ليلى زروقي، عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 136.

أو بتعديل هذا الحق أو انقضاءه أو إبطال السند المثبت له و مثالها الأحكام أو القرارات القاضية بإثبات اكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب، و تلك المتعلقة بإثبات اكتساب العقود العرفية لتاريخ ثابت قبل 1971/01/01، و كذا الأحكام و القرارات المثبتة لصحة المعاملات العقارية كالبيع و الهبة أو المثبتة لحق الشفعة أو تلك التي تقضي بإنهاء حالة الشيوع في الملكية العقارية.

و تشترط المادة 29 من قانون التوجيه العقاري شهر أي سند مثبت للملكية العقارية الخاصة ليحتج به كدليل إثبات، لذا فإن الأحكام و القرارات القضائية التي تشكل حجة في مجال إثبات الملكية العقارية الخاصة تخضع بدورها لإلزامية الشهر في مجموعة البطاقات العقارية، و لأجل هذا الغرض قضت المادة 90 من المرسوم 63/76 بأنه يتعين على كتاب الضبط إتمام إجراء قيدها في مجموعة البطاقات العقارية.

و الأصل أن القانون لا يفرض أن تصب في شكل عقد موثق حتى يتم شهرها إلا أنه إذا لم تتوافر على كل المعلومات التقنية المتعلقة بالعقار فإن المحافظ العقاري يرفض شهرها استنادا إلى تعليمة وزارية صدرت عن وزارة المالية سنة 1995 تنص على أن مثل هذه الأحكام و القرارات تعامل معاملة العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 و بالتالي يتعين إفراغها في شكل عقد توثيقي حتى تشهر[1].

الفرع الثالث: السندات العرفية

يشترط القانون في السندات العرفية أن تتوافر على شروط عامة لتقبل كدليل إثبات بصفة عامة و أخرى خاصة متى تعلق الأمر بإثبات الملكية العقارية لذا

1- ليلى زروقي، عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 58.

سأخصص هذا الفرع لتعريف السند العرفي و شروط صحته ثم لحجيته في مجال إثبات الملكية العقارية الخاصة.

أولا: تعريف السند العرفي

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للسند العرفي، و يمكننا أن نورد بعض التعريفات التي وضعت له، و منها أن **" الورقة العرفية هي سند معد للإثبات يتولى تحريره و توقيعه أشخاص عاديون دون تدخل الموظف العام."**[1].

و في تعريف آخر نجد أن المحررات العرفية هي **" تلك التي يحررها أصحاب الشأن بغير أن يتدخل موظف عام في تحريرها "**، و هي إما أن يكون الغرض منها تهيئة دليل إثبات على التصرف بمناسبة إنشائه و من ثم فهي تحمل توقيع من يراد الاحتجاج بها عليه، و تعد دليلا كاملا على من تحمل توقيعه ما دام لا ينكر ما هو منسوب إليه من توقيع، و إما ألا يقصد من تحريرها أن تكون دليل إثبات و هو ما يفسر عدم توقيعها من أصحاب الشأن في غالب الحالات شأن الدفاتر التجارية و الأوراق المنزلية و هذه و إن كانت لا ترقى إلى مستوى الدليل الكامل إلا أن القانون لم يجردها من كل قوتها في الإثبات[2].

كما عرف المحرر العرفي بأنه **" محرر معد بغرض إثبات تصرف قانوني و ذلك دون تدخل موظف عام بصفته هذه و موقع من أطرافه "**[3].

و الملاحظ أن المشرع الجزائري تطرق للعقد العرفي في المواد 327 و ما بعدها من القانون المدني و قد استعمل بالمقابل في النص الفرنسي مصطلح acte للدلالة على العقد في النص العربي في حين أن الأصح أن كلمة acte يقابلها

---

[1]- يحي بكوش، مرجع سابق، ص 126.
[2]- نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود الزهران، مرجع سابق، ص 219.
[3]- Jean-Louis Mouralis, Op.Cit.,P 32.

مصطلح سند أو محرر، و أن الترجمة الفرنسية الصحيحة لكلمة عقد العربية هي كلمة contrat.

ثانيا: شروط صحة السند العرفي

من خلال استقراء نصوص القانون المدني المتعلقة بالعقد العرفي نجد أن المشرع قد حدد شروطا لصحة العقد العرفي و لاكتسابه للحجية، و قد نصت المادة 327 منه على مايلي **" يعتبر العقد العرفي صادر ممن كتبه أو وقعه أو وضع بصمة إصبعه عليه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته فيكفي أن يحلفوا يمينا أنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق ".**

و لذلك فإن السند العرفي لا يتطلب شكلية معينة لإعداده و العنصر الوحيد المتطلب فيه هو التوقيع عليه، و أنه ليس بالضروري أن يتولى الأطراف المتعاقدون تحرير السند العرفي بأنفسهم كما لا يشترط كتابته باللغة العربية أو بخط اليد كما لا تنطبق على هذا السند القواعد الخاصة بتحضير الأوراق الرسمية و تهميشها و تذييلها و عليه تعتبر الكلمات المشطوبة ملغاة عند تحرير الورقة ما لم يتبين أن التشطيب وقع بصفة تدليسية أو نتيجة لحادث خارج عن إرادة الأطراف أما الكلمات المحشورة بين السطور فتعتبر صحيحة و للمحكمة سلطة تقدير ما إذا كانت مدلسة[1].

و إذا كان القانون لا يشترط لصحة الورقة العرفية تأريخها فإنه اشترط أن يكون لها تاريخ ثابت لتصبح لها حجية في مواجهة الغير عملا بالمادة 328 من القانون المدني، كما لا يشترط في الورقة العرفية ذكر المكان الذي حررت فيه و

[1]- يحي بكوش، مرجع سابق، ص 127.

مـ ع ذلـ ك قـ د يسـ توجب القـ انون تـ أريخ و ذكـ ر مكـ ان تحريـ ر بعـ ض المحـ ررات العرفيـ ة كالسفتجة و الشيك و السند للأمر، غير أن عدم القيام بذلك لا يترتب عليه البطلان[1].

ثالثا: حجية السندات العرفية في مجال إثبات الملكية العقارية الخاصة

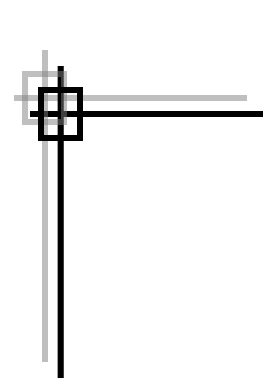
و بالنسـ بة لحجيـ ة السـ ندات العرفيـ ة فـ ي مجـ ال إثبـ ات الملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة فإنـ ه يجـ ب التمييـ ز بـ ين السـ ندات الثابتـ ة التـ اريخ قبـ ل 1971/01/01 فهـ ذه تعـ د مقبولـ ة كـ دليل إثبـ ات للملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة إذ لـ م يكـ ن المشـ رع يشـ ترط لأجـ ل ذلـ ك الشـ كلية الرسـ مية، إلا أنـ ه و بعـ د صـ دور قـ انون التوجيـ ه العقـ اري و عمـ لا بالمـ ادة 29 منـ ه أصـ بح مـ ن الـ لازم إفـ راغ هـ ذه السـ ندات العرفيـ ة فـ ي شـ كل رسـ مي و شـ هرها فـ ي مجموعـ ة البطاقـ ات العقاريـ ة ليحـ تج بهـ ا كـ دليل فـ ي مجـ ال إثبـ ات الملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة، و هـ ي معفـ اة مـ ن شـ رط الشـ هر المسـ بق حسـ ب نـ ص المـ ادة 89 مـ ن المرسـ وم 63/76، أمـ ا السـ ندات العرفيـ ة الغيـ ر ثابتـ ة التـ اريخ قبـ ل 1971/01/01 فهـ ي تعـ د باطلـ ة لتخلـ ف ركـ ن الشـ كلية الرسـ مية فيهـ ا و بالتـ الي لا يمكـ ن أن يحـ تج بهـ ا لإثبـ ات الملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة عمـ لا بالمـ ادة 12 مـ ن الأمـ ر 91/71 ثـ م بـ نص المـ ادة 324 مكـ رر 01 مـ ن القـ انون المدني.

[1]- نفس المرجع، ص 128، 129، 130.

خلاصـــــــــــة

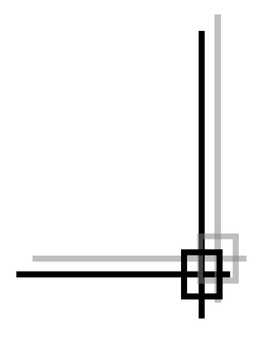
تعد دعوى الاستحقاق أهم سبل حماية حق الملكية، و هي تتميز عن غيرها من دعاوى الملكية بأنه يتعين على رافعها إثبات صفته كمالك تحت طائلة عدم قبول دعواه. و يخضع الإثبات في دعوى استحقاق الملكية العقارية الخاصة للقواعد العامة للإثبات في دعوى الاستحقاق بوجه عام إلا انه وبالنسبة لطرق الإثبات فإن المشرع قيد من حرية المالك في اختيار الدليل الذي يثبت به ملكيته بشرطي توافر الرسمية و الشهر.

و يمكن تلخيص السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري فيما يلي، السندات الرسمية، و تضم السندات التوثيقية و السندات الإدارية، الأحكام و القرارات القضائية، و أخيرا السندات العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01.



الفصـــل الثانـــي

دور الرسمية في التصرفات الناقلـــة للملكية العقاريـــة الخاصة



الفصــل الثانـــــي: دور الرسمية في التصرفات الناقلــة للملكية العقاريـــة الخـاصة

بعـ د الاسـ تقلال مـ دد المشـ رع الجزائـ ري تطبيـ ق أحكـ ام القـ انون الفرنسـ ي التـ ي لا تمـ س بالسـ يادة الوطنيـ ة، و ذلـ ك إلـ ى غايـ ة إصـ دار نصـ وص قانونيـ ة جزائريـ ة و قـ د طبـ ق القضـ اء الجزائـ ري القـ وانين الفرنسـ ية السـ ارية المفعـ ول أثنـ اء تعاملـ ه مـ ع القضـ ايا المتعلقـ ة بإثبـ ات الحـ ق فـ ي الملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة إلـ ى أن أصـ در المشـ رع عـ دة نصـ وص قانونيـ ة تعلقـ ت بتنظـ يم هـ ذا الصـ نف مـ ن أصـ ناف الملكيـ ة و قـ د كـ ان أهمهـ ا مـ ا تعلـ ق باشـ تراط الشـ كلية الرسـ مية فـ ي إبـ رام التصـ رفات الناقلـ ة لهـ ا،غير أن موقـ ف القضـ اء مـ ن هـ ذه النصـ وص و طريقـ ة تطبيقـ ه و تفسـ يره لهـ ا اتسـ م بعـ دم الاسـ تقرار لأسـ باب مختلفـ ة، و لمـ دة طويلـ ة إلـ ى أن تـ م حسـ مه مـ ن طـ رف المحكمـ ة العليـ ا بموجـ ب اجتهـ اد قضـ ائي صـ در عـ ن غرفهـ ا المجتمعـ ة بتـ اريخ 1997/02/18، و عليـ ه سـ وف أخصـ ص المبحـ ث الأول مـ ن هـ ذا الفصـ ل لدراسـ ة تطـ ور التشـ ريع المتعلـ ق بإثبـ ات الملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة، ثـ م أدرس فـ ي المبحـ ث الثـ اني تطبيقـ ات القضـ اء للنصـ وص القانونيـ ة المتعلقـ ة بهـ ذا الموضـ وع مـ ن خـ لال تحليـ ل مـ ا اطلعـ ت عليـ ه مـ ن قـ رارات قضائية

المبحث الأول: تطور موقف المشرع

مـ دد المشـ رع الجزائـ ري تطبيـ ق أحكـ ام القـ انون الفرنسـ ي التـ ي لا تمـ س بالسـ يادة الوطنيـ ة و منهـ ا مـ ا تعلـ ق بمسـ ألة إثبـ ات الملكيـ ة بوجـ ه عـ ام إلـ ى غايـ ة صـ دور قـ وانين جزائريـ ة ثـ م و بموجـ ب المـ ادة 12 مـ ن الأمـ ر 91/70 المتعلـ ق بمهنـ ة التوثيـ ق قـ ام بفـ رض الرسـ مية كـ ركن فـ ي إبـ رام التصـ رفات الناقلـ ة للملكيـ ة العقاريـ ة، و خـ لال سـ نة 1975 أصـ در الأمـ ر 58/75 المتضـ من القـ انون المـ دني و الأمـ ر 74/75 المتعلـ ق بإعـ داد مسـ ح الأراضـ ي العـ ام و تأسـ يس السـ جل العقـ اري الـ ذي تـ لاه المرسـ وم 63/76 المتعلـ ق بتأسـ يس السـ جل العقـ اري.و قـ د تبـ اين موقـ ف القضـ اء بشـ أن تطبيـ ق المـ ادة 12 مـ ن قـ انون التوثيـ ق ممـ ا دفـ ع المشـ رع إلـ ى حسـ م موقفـ ه بالنسـ بة لهـ ذه المسـ ألة بمناسـ بة تعـ ديل القـ انون المـ دني سـ نة 1988، و إصـ دار قـ انون التوجيـ ه العقـ اري سـ نة 1990.و بناءا على تحليل هذه النصوص يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: المرحلة الممتدة من 1962 إلى 1975

أصـ در المشـ رع غـ داة الاسـ تقلال القـ انون رقـ م 157/62 الـ ذي نـ ص علـ ى تمديـ د تطبيـ ق القوانين الفرنسية إلى غاية 1962/12/31 باستثناء ما يمس منها بالسيادة الوطنية[1].

و عليـ ه فـ إن أحكـ ام القـ انون المـ دني الفرنسـ ي المتعلقـ ة بتنظـ يم الملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة اسـ تمر تطبيقهـ ا فـ ي الجزائـ ر إلـ ى غايـ ة صـ دور الأمـ ر 91/70 المتعلـ ق بتنظـ يم مهنـ ة التوثيـ ق الـ ذي تنـ اول موضـ وع الرسـ مية و علاقتهـ ا بنقـ ل الملكيـ ة والحقـ وق العينيـ ة العقارية الأخرى بموجب نص المادة 12 منه.

[1]- loi n°62-157 du 31/12/1962, tendant à la reconduction jusqu’a nouvel ordre de la legislation en vugueur au 31/12/1962, République algérienne, Journal officiel, Numéro 02, Année 1963.

الفرع الأول: تمديد تطبيق التشريع الفرنسي

القانون الفرنسي بصورة عامة و بصفة خاصة القانون المدني لم يتضمن أية نصوص تحكم موضوع إثبات الملكية سواء العقارية أو المنقولة مما دفع بالقضاء و الفقه إلى وضع نظام خاص بإثبات الملكية، و هو ما سأبينه فيما يلي مع توضيح دور الشكلية الرسمية في إثبات الملكية العقارية حسب هذا النظام.

أولا: غياب قواعد خاصة بإثبات الملكية في القانون الفرنسي

لم يتضمن القانون المدني الفرنسي نصا خاصا بإثبات الملكية و اكتفى بالإشارة في المادة 1350 الفقرة 02[1] إلى التقادم دون تسميته كقرينة قانونية على وجود هذا الحق، وعليه فإن مسالة إثبات الملكية تحكمها القواعد العامة في الإثبات، غير أنه و نظرا لخصوصية الإثبات فيما يتعلق بالملكية العقارية فإن القواعد العامة لم تكن كافية لتقديم الدليل الكامل و الكافي لإثبات هذا الحق مما دفع القضاء و الفقه الفرنسيين للتدخل لحل هذا الإشكال و قد نجح القضاء الفرنسي في إرساء نظام خاص بإثبات الملكية العقارية، سواء فيما يتعلق بعبء الإثبات أو بوسائله أو بكيفية توظيف هذه الوسائل[2].

و يرجع هذا الفراغ في القانون المدني الفرنسي إلى كونه لا يتضمن إطلاقا قواعد لإثبات الحق مباشرة، بل ينظم فقط قواعد إثبات مصدر الحق سواء كان واقعة أو تصرف قانوني، و هو ما يجعل الإثبات بالنسبة للملكية العقارية ينفرد بخاصية عدم إمكانية تقديم الدليل الكافي و القطعي فإذا أثبت شخص أنه تملك حقا معينا عن طريق التعاقد أو الميراث كان عليه إثبات أن من نقل إليه الملكية قد

---

[1]- " Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées"

[2]- Patrice Jourdain, Op. Cit., P 275.

اكتسبها من مالك قبله و هكذا إلى ما لا نهاية وهو ما يجعل الإثبات مستحيلا أو كما يعبر عنه باللاتينية **probatio diabolica.**[1].

و لا يتسع المجال لدراسة النظام الذي أرساه الفقه و القضاء الفرنسيين فيما يخص إثبات الملكية العقارية لذا سأقتصر على ما يتعلق منه بإشكالية دور الشكلية الرسمية في هذا المجال.

ثانيا: مكانة السند الرسمي كدليل على الملكية

تجدر الإشارة بدءا إلى أن القضاء الفرنسي قد أكد أن الملكية تثبت بجميع طرق الإثبات، سواء كانت ملكية عقارية أو منقولة، لذا فلكل طرف في الدعوى أن يحتج بأي من أدلة الإثبات المتاحة له، و هنا تطرح إشكالية تنازع الأدلة[2].

1 فإذا كان التنازع بين السند و الحيازة فإن الحق في الملكية يثبت للحائز إذا كانت حيازته قد استوفت شروط اكتسابه للملكية عن طريق التقادم فإذا لم يكن الأمر كذلك فإن القضاء الفرنسي يرجح الدليل الأقدم سواء كان الحيازة أو السند.

2 إذا حدث أن تقدم كل طرف في الدعوى بسند كتابي، فهنا ذهب القضاء الفرنسي إلى القول أن السند الأسبق في الشهر أفضل من غيره عدا في حال سوء النية، فإذا لم يصدر السندان من نفس الشخص فقد اتجه القضاء إلى ترجيح السند الذي يفيد الملكية الأكثر مصداقية و ليس بالضرورة أن يكون السند الأقدم.

3 إذا تقدم أحد الأطراف بدليل كتابي في حين لم يتمكن خصمه من تقديم أي دليل فإن الحق يثبت لصاحب السند[3].

[1]- François Terre, Philippe Simler, Op. Cit., P 391.
[2]- Sophie Schiller, Droit des biens, Dalloz, Paris, 2003, P 133.
[3]- Sophie Schiller, Op.Cit., P, 137, 138,139.

و الملاحظ أن القضاء الفرنسي في ظل غياب نصوص قانونية تعالج موضوع إثبات الملكية العقارية الخاصة لم يجعل من الدليل الكتابي بصفة عامة و الدليل الرسمي بصفة خاصة دليلا قاطعا على الحق في الملكية بل و لم يجعل من الكتابة أو من الرسمية سببا لتفضيل السند الكتابي أو الرسمي على غيره من الأدلة التي يمكن أن يتنازع معها.

و قد أكد القضاء الفرنسي في تحليله لنص المادة 1582 من القانون المدني أن عقد البيع ينعقد حتى و لو لم يتم إفراغه في سند كتابي مؤيدا بذلك رأي الفقه في أن نقل الملكية يتم مباشرة عند إبرام العقد، و قد جاء في قرار غرفة العرائض المؤرخ في 1898/11/21 و قرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض الصادر في 1930/07/17 أن **" عقد البيع يتم بمجرد توافق إرادتي الطرفين و لو لم يفرغ في سند مكتوب ".**

كما ذهبت هذه الأخيرة في قرارها المؤرخ في 1930/12/09 إلى أن **" البيع المفرغ في سند عرفي هو بيع صحيح طالما توافقت إرادتي الطرفين على الشيء المبيع و الثمن بغض النظر عن إفراغ هذه الإرادة لاحقا في عقد توثيقي "**[1].

و تطبيقا للقانون 157/62 تم تمديد سريان أحكام المرسوم المؤرخ في 1955/01/04 المتعلق بالشهر العقاري، الذي ينص في مادته الرابعة على أنـــه **" كل عقد يكون موضوع شهر عقاري يجب أن يقدم في شكل رسمي "**، و قد ذهب البعض في تفسيره لهذا النص إلى القول بأن القانون أصبح يشترط إفراغ كل العقود المتعلقة بالحقوق العينية العقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان.

[1]- Nadia Younsi Haddad, L'acte sous seing privé et les transactions immobilières, commentaire de l'arrêt du 18 février 1997 cour Suprême, toutes chambres réunies, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Institut de droit et des sciences administratives, Université d'Alger, V° 35, N° 04, Dar al hikma, Alger, 1997, P 1149, 1150.

غير أن هذا الرأي لم يتم اعتماده على أساس أن الشكلية اشترطت لضمان أن يتم الشهر بأحسن طريقة، و أن هذا الأخير إجراء قرر لمصلحة الغير، كما أن المادة الرابعة لم تشترط وجوب إفراغ العقد في شكل رسمي إنما اشترطت في العقد موضوع الشهر أن يقدم في شكل رسمي، و أن قاعدة التصرف الرسمي " la regle de l’acte authentique " لا يتم إعمالها إلا إذا كان هذا التصرف واجب شهره.

و تأكيدا لهذه القاعدة صدر مرسوم بتاريخ 1955/10/14 معدل للمرسوم السابق الذكر، جاء فيه أن العقود العرفية الثابتة التاريخ بعد 1955/12/31 لا يمكن شهرها إلا إذا تم إفراغها في شكل رسمي[1].

الفرع الثاني: صدور الأمر 91/70 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق

صدر الأمر 91/70 لأسباب و في ظل ظروف تاريخية معينة، و بموجبه أعطى المشرع الجزائري للشكلية الرسمية دورا في مجال إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة، لذا أرى قبل التطرق للكيفية التي عالج بها الأمر 91/70 هذه المسألة ضرورة إلقاء الضوء على الظروف المحيطة بصدوره.

أولا: الظروف التي صدر فيها الأمر 91/70

تسببت مغادرة الأغلبية الساحقة للموثقين للأراضي الجزائرية غداة الاستقلال في انخفاض كبير في عدد المعاملات العقارية، و رغم اتخاذ وزارة العدل لإجراءات تحفظية خاصة بالأرشيف، إلا أن الدراسات التوثيقية بقيت مغلقة لانعدام الموثقين المؤهلين، حيث أشارت الإحصائيات التي أجرتها غرفة الموثقين سنة 1969 إلى أن عددها لم يتجاوز 19 ملفا لمجوع التراب الوطني

[1]- Nadia Younsi Haddad, Op.Cit., P, 1148, 1149.

و قد تأزمت الوضعية بسرعة و اتجهت نحو الانسداد مما أجبر الإدارة على تكليف الموثق الواحد بعدة دراسات، كما تم تكليف كتاب الضبط بإعداد بعض العقود التوثيقية عدا تلك المتعلقة بالبيوع العقارية، و استمر الوضع كذلك إلى غاية سنة 1970 أين أصدر المشرع الأمر 91/70 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الذي قضى أن الموثق موظف تابع لوزارة العدل و ليس ضابطا عموميا يعمل لحسابه الخاص. كما حدد لأول مرة التصرفات التي يجب أن تبرم في شكل رسمي، غير أن العدد الضعيف للدراسات المفتوحة لم يكن كافيا للاستجابة للطلب القوي المقدم آنذاك مما تسبب في تأخير معتبر [1].

هذا و نشير إلى أنه سبق للمشرع قبل إصداره للأمر 91/70 أن أصدر عدة نصوص قانونية تهدف بالأساس إلى تنظيم و تقييد حرية المعاملات العقارية و حماية الأملاك الشاغرة سبق الإشارة إليها في الفصل التمهيدي من هذه الدراسة ليضيف بموجب الأمر 91/70 قيودا جديدة على حرية إرادة الأشخاص في إبرام العديد من التصرفات القانونية و من بينها المعاملات العقارية عندما فرض إبرامها في شكل رسمي و ذلك بموجب المادة 12 منه التي نصت على ما يلي **" زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة آو جزء منها أو عقود زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق ".**

[1]- Nadia Younsi Haddad, Op Cit, P 1157.

ثانيا: تكييف الشكلية المقررة بالمادة 12 من الأمر91/70

تعد الشكلية المقررة بموجب نص المادة 12من الأمر 91/70 شكلية انعقاد يترتب على تخلفها عدم قيام العقد وهو ما يدل عليه صريح العبارة المستعملة من طرف المشرع في هذه المادة " **.....يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن للموثق ".**

وقد شكل الأمر 91/70 منعطفا حاسما في مجال إثبات الملكية العقارية، طالما أوجبت المادة 12 منه إفراغ جميع العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان المطلق، ومنه لم يعد من الممكن الاحتجاج بأي ورقة عرفية كدليل على إثبات تصرف واقع على حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية العقارية طالما أن الأوراق العرفية المتضمنة لمثل هذه التصرفات القانونية تعد باطلة بطلانا مطلقا تطبيقا لنص المادة 12 السابقة الذكر.

ورغم صراحة نص المادة 12 من قانون التوثيق إلا أن الشكلية المقررة بموجبه كشرط لإبرام العديد من العقود كانت محل اختلاف فيما يتعلق بالتفسير القانوني لها، لذا ولدواعي اجتماعية وسياسية تم إصدار تعليمة رئاسية غير منشورة بتاريخ 1976/06/30 تتعلق ببيع الأراضي تلتمس من المحاكم القضاء بصحة المعاملات العقارية العرفية المبرمة قبل 1974/03/05، وهو التاريخ الذي يبدأ فيه سريان الأمر المؤرخ في 1971/02/20 المتعلق بالاحتياطات العقارية، وصرف الأطراف أمام الموثق لتصحيح عقودهم إذا كانوا قد تعاقدوا في صورة عرفية وتم تسليم المبيع وقبض الثمن وفي حال عدم القيام بذلك فإن الحكم القاضي بصحة التصرف والذي يبلغ عن طريق كتابة الضبط للمجلس الشعبي البلدي المعني يعتبر في مقام العقد الرسمي[1].وبغض النظر عن الإشكال الذي

[1]- Ghanima Khiar née Lahlou, Commentaire de l'arrêt du 18 février 1997 cour Suprême, toutes chambres réunies, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Institut de droit et des sciences administratives, Université d'Alger, Dar al hikma, V° 35, N° 03, Alger, 1997, P 751.

تطرحه التعليمة السابقة الذكر فيما يتعلق بتدرج القوانين وعن كونها طبقت من طرف القضاء خرقا لنص المادة 12 من الأمر 91/70، فإن هذه التعليمة تم تبريرها بدواعي العدالة الاجتماعية، وتم حصر مجال تطبيقها على العقود المبرمة قبل 1974/03/15.[1]

المطلب الثاني: المرحلة الممتدة من 1975 إلى اليوم

أصدر المشرع القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 58/75، لينتهي بذلك عهد تمديد تطبيق نظيره الفرنسي، وفي نفس السنة أصدر أيضا الأمر 74/75 تمهيدا للاستغناء عن نظام الشهر الشخصي الموروث عن الاحتلال، إلا أن صدور هذين القانونين فتحا مجالا واسعا للاختلاف بشأن دور الشكلية الرسمية في مسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة، وهو ما استدعى تدخل المشرع من جديد لتنظيم هذه المسألة وحسم الخلاف بشأنها عند تعديله للقانون المدني بموجب القانون 14/88 و إصداره للقانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري.

الفرع الأول: الفترة الممتدة من 1975 إلى 1988

تميزت هذه الفترة بإصدار المشرع الجزائري، الأمرين 58/75 و 74/75 المتعلقين على التوالي بالقانون المدني، وبإعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري.

[1]- Ghanima Khiar née Lahlou, Op.Cit., P 751.

أولا: صدور الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني

نظم الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، في المادة 54 و ما بعدها الشروط المتعلقة بالعقد بصفة عامة،و نظم في المواد 351 و ما بعدها عقد البيع بصفة عامة، و في المادتين 792، 793 شروط نقل ملكية العقار و الحقوق العينية العقارية الأخرى بصفة خاصة، و قد نصت المادة 792 على ما يلي **" تنتقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة 164 و ذلك مع مراعاة النصوص التالية "**.

بينما نصت المادة 793 على ما يلي **" لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص تلك التي تدير مصلحة شهر العقار "**

و لم يورد المشرع الجزائري أي نص مماثل للمادة 12 من قانون التوثيق يوجب إفراغ العقود الناقلة للملكية أو الحقوق العينية الأخرى في شكل رسمي، كما لم يتضمن نصا يعتبر الشكلية الرسمية ركنا في عقد البيع الوارد على عقار أو على حق عيني عقاري، إلا انه في نفس الوقت لم يتضمن نصا يخالف نص المادة 12 من الأمر 91/70 أو يلغيه صراحة أو ضمنا.

ثانيا: تبني نظام الشهر العيني

كما سبق الإشارة إليه فقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75، و قد نصت المادة 15 منه على أن**" كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ...."**، و أضافت المادة 16 منه أن**" العقود**

الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو انقضاء حق عيني لا يكون له أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية "، و بذلك يكون المشرع أكد ما سبق أن نصت عليه المادتين 792، 793 من القانون المدني وقد أضاف قيدا آخر على حرية الإثبات في المادة العقارية عندما ألزم أصحاب الحقوق العينية العقارية بقيدها أو بالأحرى قيد السندات المثبتة لها في مجموعة البطاقات العقارية لتكون حجة بين أطراف الحق و في مواجهة الغير، و تطبيقا للأمر 74/75 أصدر المشرع المرسوم التنفيذي 63/76 الذي ربط الشكلية الرسمية بشكلية الشهر العقاري و جعل الأولى شرطا لقبول الثانية فنصت المادة 61 منه على ما يلي" **كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على شكل رسمي "**.

و هكذا يكون المشرع بتبنيه نظام الشهر العيني قد جعل من الشكلية الرسمية بصورة غير مباشرة شرطا لإثبات الملكية العقارية طالما جعل منها شرطا لقبول قيد السندات المثبتة للحقوق العينية العقارية في مجموعة البطاقات العقارية، و جعل من القيد شرطا لاكتساب هذه السندات الحجية بين أطرافها و في مواجهة الغير، كما جعل من الدفتر العقاري الوسيلة الوحيدة المقبولة لإثبات الملكية العقارية في المناطق التي خضعت لعملية مسح الأراضي عملا بالمادة 19 من الأمر 74/75 التي نصت على ما يلي **" تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري في الدفتر الذي يشكل سند ملكية."**، و قد سبق أن أشارت المادتين 32، 33 من المرسوم 32/73 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة إلى استبدال شهادات الملكية المحدثة بموجبه لإثبات الملكية الخاصة على أرض زراعية أو معدة للزراعة أثناء تطبيق الثورة الزراعية بدفاتر عقارية بمجرد إحداث المسح العام لأراضي البلاد و أن هذه الأخيرة سوف تشكل المنطلق الجديد و الوحيد لإثبات الملكية العقارية الخاصة.

الفرع الثاني: الفترة الممتدة من 1988 إلى اليوم

كان عدم توافر القانون المدني على نص مماثل للمادة 12 من الأمر 91/70 أو على نص يلغيه، سببا رئيسيا في تمسك العديد من الجهات القضائية بموقفها الذي اعتبرت فيه أن الشكلية الرسمية المقررة كقيد على إبرام العقود المذكورة بالمادة 12 السابقة الذكر، ليست شكلية انعقاد و هو الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل لأجل حسم موقفه بالنسبة لهذا الموضوع بمناسبة تعديله للقانون المدني، ثم بمناسبة إصداره لقانون التوجيه العقاري.

أولا: صدور القانون 14/88 المعدل للقانون المدني

أكد المشرع ما سبق أن نص عليه بموجب المادة 12 من قانون التوثيق عندما أدرج مضمون هذا النص ضمن أحكام الفصل الأول المتعلق بالإثبات بالكتابة من الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام من القانون المدني و ذلك في المادة 324 مكرر 01، و هذا بموجب القانون 14/88 المعدل للقانون المدني، و قد جاء نص هذه المادة كما يلي **" زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.**

كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي و تودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد"، و يتبين من صياغة نص هذه المادة المطابق لنص المادة 12 من قانون

التوثيق أن الشكلية الرسمية المقررة بموجبها تعد شكلية انعقاد يترتب على تخلفها بطلان التصرف المتضمن نقل للملكية العقارية بطلانا مطلقا.

ثانيا: صدور القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري

تطرق المشرع ضمن أحكام قانون التوجيه العقاري للشكلية الرسمية في نص المادة 29 منه التي نصت على ما يلي **" يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"** و هكذا يكون المشرع قد قيد إثبات الملكية العقارية الخاصة بضرورة تقديم سند كتابي مشهر و هذا سواء تعلق الأمر بالعقارات الواقعة في المناطق الممسوحة أو تلك الواقعة في مناطق لم تخضع بعد لعملية المسح التي يكون نظام الشهر المطبق على الأراضي الواقعة بها هو نظام الشهر الشخصي، و قد أغلق نص المادة 29 السابق الذكر الباب صراحة أمام إمكانية إثبات الحق في الملكية العقارية الخاصة بطرق الإثبات الأخرى.

كما نصت المادة 56 من قانون التوجيه العقاري على ما يلي **" كل معاملة تمت بخرق أحكام المادة 55 باطلة و عديمة الأثر "** و بالرجوع للمادة المحال عليها نجد أنها تنص على أنه **" تنجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية ......"**، و بهذين النصين أكد المشرع أن الرسمية ركن يترتب على تخلفه بطلان أي معاملة موضوعها أرض فلاحية أيا كانت طبيعة هذه المعاملة، سواء انصبت على التصرف في حق الملكية أو كانت معاملة إيجار أو رهن أو غيرها من المعاملات، و عليه يكون المشرع قد توسع في اشتراط الشكلية الرسمية بالنسبة للتصرفات الواردة على عقارات فلاحية أكثر مما نص عليه في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني التي اقتصرت على

التصرفات الناقلة للملكية أو غيرها من الحقوق العينية العقارية، وعلى الإيجارات الزراعية دون غيرها من التصرفات.

المبحث الثاني: تطور موقف القضاء

تطور موقف القضاء من مسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة بصفة عامة و التكييف القانوني للشكلية الرسمية المشترطة في إبرام التصرفات الناقلة لها بصفة خاصة بحسب تطور موقف المشرع من نفس الموضوع، بحيث التزم بتطبيق القانون و كذا ما توصل إليه القضاء الفرنسيين إلى غاية صدور الأمر 91/70، فاتجه إلى تطبيق المادة 12 منه غير أنه لم يستقر بشأن تفسير هذه المادة خاصة بعد صدور القانون المدني الذي لم يتضمن نصا مماثلا لها أو يلغيها صراحة أو ضمنا و استمر الأمر كذلك حتى بعد تعديل القانون المدني و إدراج مضمون المادة 12 السابقة الذكر ضمن المادة 324 مكرر 01 منه و بعد صدور قانون التوجيه العقاري و هو ما استدعى تدخل المحكمة العليا التي أصدرت قرارا عن جميع غرفها يضع حدا للاختلاف القائم بشأن هذه المسألة.

المطلب الأول:المرحلة الممتدة من الاستقلال إلى 1988

في هذا المطلب سأتطرق لما اتبعه القضاء الجزائري بشأن تطبيق النصوص الفرنسية التي بقيت سارية المفعول،و كذا ما توصل إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي في موضوع إثبات الملكية العقارية الخاصة و دور الرسمية فيه ثم لتعامله مع نص المادة 12 من الأمر 91/70، و التفسير القانوني الذي أعطاه لنص هذه المادة.

الفرع الأول: الفترة السابقة لصدور قانون التوثيق

من خلال ما اطلعت عليه من قرارات القضاء الأعلى المتعلقة بهذه الفترة يمكن استخلاص موقف القضاء الجزائري من تطبيق أحكام القانون المدني الفرنسي

و كـ ذا مـ ا توصـ ل إليـ ه الفقـ ه و القضـ اء الفرنسـ يين بالنسـ بة لإثبـ ات الملكيـ ة العقاريـ ة الخاصة و لدور الرسمية في ذلك

أولا: موقف القضاء الجزائري من تطبيق القانون المدني الفرنسي

طبـ ق القضـ اء الجزائـ ري نفـ س المبـ ادئ المقـ ررة بموجـ ب القـ انون المـ دني الفرنسـ ي، عنـ دما اعتـ رف بحجيـ ة العقـ د العرفـ ي فـ ي البيـ وع العقاريـ ة[1]، و فـ ي هـ ذا الشـ أن يمكـ ن الإشـ ارة إلـ ى القـ رار الصـ ادر عـ ن الغرفـ ة المدنيـ ة للمجلـ س الأعلـ ى بتـ اريخ 1988/06/29، رقـ م الملـ ف 45689، رقـ م الفهـ رس 415، الـ ذي جـ اء فـ ي حيثياتـ ه " **حيـ ث يسـ تفاد مـ ن وقـ ائع القضـ ية و القـ رار المنتقـ د أن البيـ ع العرفـ ي تـ م بتـ اريخ 1969/03/04 أي فـ ي ظـ ل القـ انون المـ دني القـ ديم الـ ذي يجيـ ز الإثبـ ات بمثـ ل هـ ذه العقـ ود و هـ و مـ ا فعلـ ه قضـ اة الموضـ وع هنـ ا محقـ ين إذ أجـ روا تحقيقـ ا حسـ ب محضـ ر التحقيـ ق المحـ رر يـ وم 1983/08/22 تبـ ين لهـ م مـ ن خلالـ ه سـ لامة البيـ ع و تـ وفر أركانـ ه، فقضـ وا بصـ حته مطبقـ ين بـ ذلك القـ انون تطبيقـ ا سـ ليما و مـ ع التعليـ ل الكـ افي..."**[2]، و فـ ي هـ ذا القـ رار المتعلـ ق بصـ حة عقـ د عرفـ ي يتضـ من بيـ ع عقـ ار يلاحـ ظ كيـ ف أن قضـ اة المجلـ س الأعلـ ى أقـ روا بـ أن تطبيـ ق قضـ اة الموضـ وع لأحكـ ام القـ انون المـ دني القـ ديم- فـ ي إشـ ارة للقـ انون الفرنسـ ي - علـ ى العقـ د المـ ؤرخ فـ ي 1969/03/04 تطبيق سليم للقانون باعتبار أنه القانون الساري المفعول عند تاريخ إبرام العقد

و كـ ذلك نجـ د القضـ اء الأعلـ ى فـ ي الجزائـ ر يشـ ير فـ ي عـ دة قـ رارات بصـ ورة غيـ ر مباشـ رة إلـ ى تطبيـ ق أحكـ ام القـ انون المـ دني الفرنسـ ي، و ذلـ ك عنـ دما يقـ رر بـ أن القـ انون الجزائـ ري لاحـ ق لتـ اريخ الوقـ ائع موضـ وع النـ زاع، ثـ م يقضـ ي بمـ ا يـ نص عليـ ه القـ انون المـ دني الفرنسـ ي دون الإشـ ارة صـ راحة إليـ ه، و مـ ن أمثلـ ة هـ ذه القـ رارات نجـ د القـ رار

[1] - Nadia Youmsi Haddad, Op.Cit., P 1148.

[2] - تطبيقـ ات قضـ ائية فـ ي المـ ادة العقاريـ ة، وزارة العـ دل، مديريـ ة الشـ ؤون المدنيـ ة، المؤسسـ ة الوطنيـ ة للكتـ اب، الجزائر، 1995، ص 32.

الصادر في 1990/11/19 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، ملف رقم 61783، رقم الفهرس 1049، جاء فيه، **" حيث أن قضاة المجلس تأكدوا بأن العقد العرفي المؤرخ في 1970/09/09 يشكل في النظر القانوني التزامات بين الطرفين و أنهما ينفذانها و خاصة أن الطرفين لم يناقشا تاريخ هذا العقد و من ثم فهو ثابت من قبل تسجيله، و حيث أن قضاة المجلس ناقشوا قانون التوثيق و قانون الاحتياطات العقارية، و توصلوا إلى أنهما لا يطبقان على النزاع القائم بين الطرفين لأنهما صدرا بعد هذا الاتفاق الأول في سنة 1970 و العمل به وقع في 1971/01/01 أما الثاني في السنة 1974 و العمل به وقع في 1974/03/05 مما يجعل الاتفاق الواقع بين الطرفين صحيح و أن البائع ملزم بإتمام هذه المعاملة حتى يتم نقل الملكية وفقا للقانون... "**[1]، و في هذا القرار نلاحظ أن قضاة المحكمة العليا أشاروا إلى أن عقد البيع العرفي المؤرخ في 1970/09/09 لا يخضع لأحكام الأمرين 91/70 المتعلق بالتوثيق و 26/74 المتعلق بالاحتياطات العقارية اللاحقين لإبرامه مطبقين في ذلك القواعد العامة المتعلقة بسريان القوانين من حيث الزمان فاستبعدوا تطبيق أحكام القانونين 91/70 و 26/74 على وقائع الدعوى إعمالا لمبدأ عدم سريان القوانين بأثر رجعي، ثم أقروا بعد ذلك بصحة العقد العرفي المحتج به، و هو ما يفيد تطبيقهم لأحكام القانون المدني الفرنسي الذي يقر للبيوع العرفية بالحجية و الذي كان ساري المفعول عند تاريخ إبرام العقد العرفي محل النزاع.

و في نفس السياق أصدرت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا قرارا بتاريخ 1990/03/21 رقم الملف 58597 رقم الفهرس 334 جاء في حيثياته ما يلي **" ... و أما فيما يخص المادة 713 من القانون المدني المثارة فإنها في غير محلها لأن القانون المدني الجديد قد صدر في 1975/12/26 بدون مفعول رجعي بينما شراء المستأنف عليه مناب بوحجر قد تم في 1959/12/18....."**[2] .

[1]- تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 38.
[2]- نفس المرجع، ص 44.

و بشأن العقد الرسمي فإن أحكام القانون المدني الفرنسي تنص على أنه متى كان العقد الصادر من ضابط عمومي يدوا منتظما، تمتع هذا العقد بقرينة الرسمية و تمتع بالحجية حيث لا يمكن الطعن في صحته إلا عن طريق دعوى التزوير[1].

و قد طبق القضاء الأعلى في الجزائر ما قرره القانون المدني الفرنسي بشأن حجية العقد الرسمي، و هنا يمكن الإشارة إلى قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا الصادر في 1991/12/13 ، رقم الملف 79034، رقم الفهرس 1001، الذي جاء في حيثياته ما يلي" **حيث صحيح فإننا بالرجوع إلى القرار المنتقد نجد و أن جهة الاستئناف قد أبعدت العقد الرسمي المؤرخ في 1949/07/29 لعدم احتوائه على أصل الملكية مع أنه يشير إلى ملكية البائع لها عن طريق الإرث من ناحية، و من أخرى فإن العقد الرسمي لا يمكن إبعاده إلا إذا أثبت تزويره بعد إقامة الطعن بالتزوير ضده و هو ما لم يقع و تكون بذلك و دون حاجة لمناقشة الوجهين الآخرين قد أساءت تطبيق القانون و عرضت قرارها للنقض.**"[2]

غير أن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة، في قرار صادر عنها بتاريخ 1999/01/11، ملف رقم 146142، رقم الفهرس 17، غير منشور[3]، ذهبت إلى القول بأن حق الملكية يجب أن يثبت بسند صحيح، و قد جاء في حيثيات القرار ما يلي " **حيث أن الشهادة التوثيقية المؤرخة في 1968/05/14 .....تعد فعلا عقد محررا رسميا غير أن الموثق اكتفى بتدوين تصريحات أحد الورثة الذي توفي............حيث أنه من الثابت أنه لا يمكن شراء أو نقل حق الملكية بمجرد تصريح حتى و لو كان ذلك أمام الموثق، و أنه يجب إثبات حق الملكية بموجب سند صحيح يكرس نقل ملكية العقار.**"، و الملاحظ أن مجلس الدولة قد اعتبر أن المعاملة التي انتقلت بها الملكية للمورث في 1968/05/14 كان يجب أن تثبت بسند صحيح، في حين أن هذه المعاملة تمت في ظل سريان القانون الفرنسي الذي لا

[1]- Mouralis Jean-Louis, Op. Cit., P 18, 19.

[2]- تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 47.

[3]- أنظر ملحق رقم 01.

يشترط ذلك و عليه فإن ما توصل إليه قضاة الموضوع من اقتناع بحجية الشهادة التوثيقية المؤرخة في 1968/05/14 كدليل على ثبوت حق الملكية صحيح طالما أن القانون الفرنسي الساري المفعول عند تحريرها لا يشترط إثبات الملكية بسند صحيح عكس ما توصل إليه قضاة مجلس الدولة.

ثانيا: تطبيق القضاء الجزائري لمبادئ الفقه و القضاء الفرنسي

اتبع القضاء الجزائري ما توصل إليه الفقه و القضاء الفرنسي بشأن إثبات الملكية إلى غاية 1970 تاريخ صدور الأمر المتضمن من تنظيم مهنة التوثيق، مؤكدا سلطة القضاء في مراقبة صحة العقود العرفية المتضمنة لبيوع عقارية، و في هذا الشأن نشير إلى قرار الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، الصادر في 1983/02/03 غير منشور، والذي جاء في حيثياته أنه **" و إن كان العقد العرفي يتمتع في ظل التشريع السابق بقيمة قانونية في مجال البيع العقاري، فإنه لقضاة الحكم صلاحية مراقبة توافر شروط صحته "**[1].

كما أكدت نفس الغرفة سلطة قضاة الحكم، في الدعاوى المتعلقة بإثبات الملكية العقارية، في قبول دليل الإثبات المقدم لهم أو الأمر بإتمامه، إذ جاء في قرارها الصادر في 1985/02/06 رقم 33054 ما يلي **".. من الثابت في قضية الحال أن الطاعن قدم عرفيا اشترى بواسطته العقار محل النزاع من أبيه الهالك فإن القضاة بتقريرهم قسمة التركة دون مراعاة العقد العرفي و دون توجيه اليمين المتممة لبعض الورثة الذين أنكروا بأنهم لا يعلمون نسبة الخط أو الإمضاء لمورثهم يكونون قد خالفوا القانون...."** [2].

[1]- Nadia Youmsi Haddad, Op.Cit., P, 1128, 1148.

[2]- المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المستندات و النشر العدد الرابع، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 16.

كـ ذلك قـ ررت الغرفـ ـة المدنيـ ـة بـ ـالمجلس الأعلـ ـى بموجـ ـب القـ ـرار رقـ ـم 867 المـ ـؤرخ فـ ـي 1989/11/29 فـ ـي الملـ ـف رقـ ـم 65750 أنـ ـه كـ ـان علـ ـى قضـ ـاة الاسـ ـتئناف مناقشـ ـة دفـ ـوع الطـ ـاعن بشـ ـأن العقـ ـد العرفـ ـي المحـ ـتج بـ ـه فـ ـي مواجهتـ ـه فـ ـي قضـ ـية قسـ ـمة عقـ ـار و قـ ـد جـ ـاء فـ ـي حيثيـ ـات هـ ـذا القـ ـرار مـ ـا يلـ ـي " **حيـ ـث يسـ ـتفاد مـ ـن وقـ ـائع القضـ ـية و القـ ـرار المنتقـ ـد أن الطـ ـاعن دفـ ـع بالإنكـ ـار فـ ـي مواجهـ ـة العقـ ـد العرفـ ـي المـ ـؤرخ فـ ـي 1959/09/24 و المـ ـدلى بـ ـه مـ ـن المطعـ ـون ضـ ـدهم للتـ ـدليل علـ ـى وجـ ـود قسـ ـمة مهيـ ـأة بينـ ـه و بـ ـين مـ ـورثهم محـ ـل العـ ـين الطـ ـاهر، و حيـ ـث أن جهـ ـة الاسـ ـتئناف اعتمـ ـدت العقـ ـد العرفـ ـي مـ ـن غيـ ـر أن تنـ ـاقش دفعـ ـه بالإنكـ ـار لـ ـه و إزالـ ـة لكـ ـل التبـ ـاس و دون أن تبـ ـرر حجيتـ ـه ضـ ـده و بالتـ ـالي وقـ ـوع القسـ ـمة بينـ ـه و بـ ـين أخيـ ـه...و تكـ ـون بـ ـذلك قـ ـد شـ ـبت قرارها بالغموض و القصور في التسبيب و عرضته للنقض.."** [1].

الفرع الثاني: تطبيقات القضاء للمادة 12 من قانون التوثيق

بعـ ـد صـ ـدور الأمـ ـر 91/70 توجـ ـه القضـ ـاء الجزائـ ـري نحـ ـو تطبيـ ـق أحكـ ـام المـ ـادة 12 منـ ـه، إلا أنـ ـه عـ ـرف اختلافـ ـا فـ ـي تفسـ ـيرها بـ ـين مـ ـن يـ ـرى أن الشـ ـكلية الرسـ ـمية المقـ ـررة بموجبهـ ـا ركـ ـن فـ ـي العقـ ـد يترتـ ـب علـ ـى تخلفـ ـه بطلانـ ـه بطلانـ ـا مطلقـ ـا، و مـ ـن اتجـ ـه إلـ ـى اعتبارهـ ـا شـ ـكلية واجبـ ـة للإثبـ ـات أو لنقـ ـل الملكيـ ـة أو لحمايـ ـة الغيـ ـر، و مـ ـن ثـ ـم لا يـ ـؤثر تخلفها على صحة العقد[2].

---

[1]- تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص129.

[2]- علـ ـي فيلالـ ـي، الشـ ـكلية فـ ـي العقـ ـود، المجلـ ـة الجزائريـ ـة للعلـ ـوم القانونيـ ـة، الاقتصـ ـادية و السياسـ ـية، معهـ ـد الحقـ ـوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 35، رقم 03، دار الحكمة، الجزائر، 1997، ص 722، 723.

أولا: الاتجاه الأول

اتجه القضاء الأعلى في الجزائر في عدة قرارات إلى القول بأن الشكلية الرسمية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70 هي ركن من أركان العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق، و من بين هذه القرارات يمكن الإشارة للقرار الصادر عن المحكمة العليا في 1982/07/07 ملف رقم 25699 حيث جاء فيه " **...إن المادة 12 من الأمر التشريعي رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 تفرض الشكل الرسمي في العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار تحت طائلة البطلان ....حيث أن البطلان الذي تنص عليه المادة 12 من قانون 1970/12/15 بطلان مطلق لا يقبل الإجازة طبقا للمادة 102 من القانون المدني الجديد "**[1]، و كذلك القرار الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية للمجلس الأعلى المؤرخ في 1982/12/18 رقم الملف 25016 الذي جاء فيه **" ...أنه إذا كان العقد يبرم بمجرد اتفاق إرادتين .... فإن الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون و بصورة استثنائية توفر شكل من الأشكال الرسمية، حيث يصبح تدخل الموثق و تحت طائلة البطلان واجبا....حيث أن المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 تنص على أن ....حيث أن أحكام هذه المادة من النظام العام وتشترط توافر شكل خاص لإثبات معاينة قيام اتفاق بين الطرفين و من ثم فإن كل اتفاق أو عدمه يتم خارج نطاق هذا الشكل غير صالح للاعتماد عليه في المطالبة بالوفاء......"**[2]. و في هذا القرار كيف قضاة النقض الشكلية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70 بأنها شكلية انعقاد و قضوا بنقض القرار المطعون فيه الذي ألغى حكما ابتدائيا صرح ببطلان عقد عرفي يتضمن تنازلا عن حصص في شركة محاصة تجارية و صناعية، إلا أن قضاة النقض وقعوا في تناقض عندما برروا حكمهم بكون الشكل المنصوص عليه بالمادة 12 السابقة الذكر اشترط لإثبات معاينة قيام اتفاق بين الطرفين.

[1]- نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية الوثائق، عدد خاص، مطبعة وزارة العدل، الجزائر، 1982، ص 171.
[2]- الاجتهاد القضائي قرارات المجلس الأعلى، وزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987 ،ص 47.

كما يمكن الإشارة للقرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى القسم أ، غير منشور بتاريخ 1981/10/21 الذي جاء فيه **" أن العقد المتضمن نقل الملكية العقارية يجب أن يحرر في الشكل الرسمي مع إيداع الثمن لدى الموثق، و أن العقد العرفي لا يشكل سوى وعدا بالبيع، و أنه يمكن للمشتري أن يطالب بتوثيق العقد، غير أنه في حال عدم التنفيذ لا يكون له سوى الحق في التعويض "**[1]. و الملاحظ أن تكييف قضاة النقض للعقد العرفي المنصب على بيع العقار بأنه وعد بالبيع لا يستوي مع ما تنص عليه المادة 71 من القانون المدني التي تقتضي بأن الوعد بالتعاقد هو ذلك الاتفاق الذي يعد به كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد ما في المستقبل و بأنه إذا استلزم القانون إبرام العقد الموعود به في شكل معين فإن الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرامه يجب أن يخضع لنفس الشكل، و هو ما يترتب عليه أن الوعد بالبيع إذا انصب على عقار تعين أن يبرم في شكل رسمي.

كذلك القرار المؤرخ في 1982/07/07، غير منشور، صادر عن نفس الجهة الذي قضى بنقض قرار قضى بصحة عقد بيع عرفي متضمن من وعد ببيع عقار، على أساس أن أحكام المادة 12 من أمر 1970 تنطبق على الوعد بالبيع، و بنفس التاريخ أصدرت نفس الجهة قرارا بنقض قرار قضى بصحة عقد بيع عرفي مصرحة أن المادة 12 السابقة الذكر تفرض تحرير البيوع العقارية في شكل رسمي، مع إيداع الثمن بين يدي الموثق تحت طائلة البطلان، غير أنه يكرس التزامات شخصية لا ترتب سوى الحق في التعويض في حال عدم التنفيذ[2].

من جهتها أصدرت الغرفة التجارية بالمحكمة العليا قرارا بتاريخ 1983/05/07 غير منشور جاء فيه ما يلي **" حيث أن المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 تقضي بأن إيجار المحلات التجارية يجب أن يحرر في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ، ...و أنه بعد تقرير بطلان الإيجار،..... مجلس...لا يمكنه التأسيس على الحق في الأفضلية بين الأطراف و لا على حيازة**

[1]- Nadia Younsi Haddad, Op, Cit., P 1147.
[2]- Ibid,P 1146.

المحل التجاري، و بمخالفته لهذه القواعد، قضاة المجلس قد خرقوا المادة 485 فقرة 01 و أحكام القانون المدني و كذا المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 "[1].

هذا الموقف من المشرع، المؤيد من طرف القضاء لم يتمكن من وقف لجوء المواطن إلى إبرام العقود العرفية كلما تعلق الأمر بنقل ملكية عقار، و قد استمر القضاء في القول ببطلان مثل هذه العقود إلى أن صدر القانون المدني، حيث أصبح لا يعتبر الشكلية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70، شكلية انعقاد، و هو ما سأبين فيما يلي.

ثانيا: الاتجاه الثاني

ذهب القضاء الأعلى، في عدة قرارات إلى القول بأن الشكلية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70، هي شكلية مقررة للإثبات أو لنقل الملكية أو لحماية حق الغير أو لتحقيق مصالح الخزينة و من بين القرارات الصادرة في هذا الاتجاه، القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1983/03/30 ملف رقم 30950، غير منشور، وقد تعلق موضوع النزاع بعقد إيجار تسيير حر لمحل تجاري معد للدعارة لم يحرر في شكل رسمي، إذ طالبت الطاعنة و هي المستأجرة، المطعون ضده و هو المؤجر بتوثيق العقد، فلم يرفض طلبها لأن العقد غير موجود لتخلف ركن الشكلية، بل لعدم مشروعية السبب، و هو ما يفيد أن القضاة اعتبروا العقد صحيحا رغم تخلف الشكل الرسمي[2].

و في قرار صادر في 1990/10/21، ملف رقم 68467، اعتبرت المحكمة العليا أن الشكلية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70 شكلية مقررة لنقل الملكية، و

[1]-. Nadia Younsi Haddad, Op, Cit, P 1146.

[2]- علي فيلالي، مرجع سابق، ص 723.

قد جاء في حيثياته ما يلي" **إن عملية الشهر العقاري هي وحدها تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 12 من الأمر المتعلق بتنظيم التوثيق و المادة 793 من القانون المدني.."**[1]، غير أن قضاة النقض في هذا القرار قد وقعوا في خلط بين شكلية القيد في السجل العقاري التي هي إجراء لاحق لإعداد عقد البيع فرضه المشرع كشرط ليرتب العقد أثره الناقل للملكية بموجب المادة 793 من القانون المدني و كذا المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 السابق الذكر و بين الشكلية الرسمية المقررة بالمادة 12 من قانون التوثيق التي هي ركن لانعقاد التصرف

و في قرار صادر بتاريخ 1988/06/29 رقم الملف 45312، رقم الفهرس 413، اتجه المجلس الأعلى إلى القول بأن القضاء ببطلان البيع العرفي خطأ في تطبيق نص المادة 12 من الأمر 91/70، و أنه كان يتعين الاستجابة لطلب توثيق هذا العقد، حيث جاء في حيثياته " **حيث يستفاد من وقائع القضية و القرار المنتقد أن النزاع لا ينصب على البيع ذاته فهو محل اتفاق بين الطرفين و إنما يرتكز حول الثمن إذ امتنعت المطعون ضدها عن توثيق البيع العرفي بينهما و بين الطاعن بتاريخ 1973/06/26 لعلة أن الثمن الحقيقي للفيلا هو 30000 دينار..........و حيث كان على جهة الاستئناف أن تناقش نقطة الخلاف بين الطرفين و المتمثلة في الثمن و لا البيع في حد ذاته و أن طلب الطاعن توثيقه يتماشى و أحكام المادة 12 من قانون التوثيق التي تستوجب إفراغ مثل هذه البيوع في قالبها الرسمي، و هو ما يسعى الطاعن لتحقيقه، و بعدم مراعاتها لذلك و فصلها أساسا بإبطال البيع العرفي المذكور وفقا للمادة 12 من قانون التوثيق تكون و دون حاجة لمناقشة الوجه الأول قد أساءت تطبيق القانون و عرضت قرارها للنقض "**[2]، و يعاب على هذا القرار أن قضاة المجلس اعتبروا أن موضوع الطلب القضائي لا يتعلق بصحة عقد البيع العرفي بل بتنفيذ الالتزام بدفع الثمن في حين أن مناقشة توافر أركان العقد مسألة تتعلق بالنظام العام و يتعين على قضاة

1- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1992، مرجع سابق، ص 84.

2- تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 35.

الموضوع مناقشتها و لو من تلقاء أنفسهم كما يعاب عليه اعتباره للشكلية المقررة بالمادة 12 من قانون التوثيق إجراءا منفصلا عن إبرام العقد و يمكن تصحيحه بعد تمام انعقاده و في ذلك تناقض مع صريح نص المادة 12 السابقة الذكر.

و بعد صدور القانون المدني بموجب الأمر 58/75 اتجهت المحكمة العليا إلى تبرير عدم إعمالها لنص المادة 12 من قانون التوثيق بالنسبة للبيوع العقارية بأن هذه الأخيرة تخضع لأحكام القانون المدني، و قد اعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/04/04 رقم الملف 59591 رقم الفهرس 369، الشكلية الرسمية المقررة بالمادة 12 من قانون التوثيق، شكلية مقررة لحماية الغير، و اعتبرت كذلك أن شروط صحة عقد البيع تخضع للمادة 351 من القانون المدني لا لنص المادة 12 من قانون التوثيق، و قد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي **" حيث بالفعل أن شروط صحة البيع لا توجد في نص المادة 12 من أمر 1970/12/15 بل في نص المادة 351 من القانون المدني، و هي الاتفاق و الرضا على الشيء موضوع البيع و على ثمن البيع و أن الشكليات المنصوص عليها في المادة 12 من أمر 1970/12/15 ترمي ماعدا إلى حماية الغير، و أن قضاة الاستئناف قد أخطؤوا لما أبطلوا البيع بتأسيس قرارهم إلا على هذه المادة.... "**[1]. و يعاب على هذا القرار أن قضاة النقض اعتبروا أن الشكلية المقررة بالمادة 12 يقصد بها حماية مصلحة الغير و هذا تناقض مع صريح نص هذه المادة الذي يرتب البطلان المطلق على مخالفة أحكامه و هو ما يفيد بوضوح أن القاعدة المنصوص عليها بموجبه تتعلق بالنظام العام و لا يجوز مخالفتها.

كما استبعدت المحكمة العليا تطبيق أحكام المادة 12 من قانون التوثيق استنادا إلى أن عقد البيع يخضع للقانون المدني، في قرارها المؤرخ في 1990/11/19 رقم الملف 61796 رقم الفهرس 1052 الذي جاء في حيثياته ما يلي **" حيث أنه كان على قضاة المجلس أن يناقشوا المادتين 351، 861، من**

---

[1]- تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 21.

القانون المدني بدل المادة 12 من قانون التوثيق التي لا يمكن تطبيقها على صورة الحال، خاصة أن المحررات العرفية أعطاها المشرع مكانة في المعاملات وتكون في نظر القانون مصدر للالتزامات بين المتعاقدين خلافا لما ذهب إليه قضاة المجلس مما يستوجب معه النقض "[1]. وفي هذا القرار ذهب قضاة المحكمة العليا إلى القول إلى أنه من الخطأ أن يناقش قضاة الموضوع المادة 12 من قانون التوثيق بدل المادتين 351، 361 [2]من القانون المدني في حين أنه لا يمكن استبعاد تطبيق نص قانوني طالما لم يلغى صراحة أو ضمنا بنص قانوني لاحق مع احترام مبدأ تدرج القوانين مما يجعل تطبيق قضاة الموضوع للمادة 12 السابقة الذكر أمر صحيح قانونا و لا يستوجب النقض.

وقد اتجه القضاء الأعلى في العديد من القرارات ليس إلى استبعاد نص المادة 12 من الأمر 91/70 إنما إلى القول بأن التطبيق الصحيح لهذا النص يقتضي الأمر بصرف الأطراف إلى الموثق لإتمام الإجراءات الشكلية المقررة بموجبه، و من بين هذه القرارات، القرار المؤرخ في 1987/07/01 رقم الملف 40818 رقم الفهرس 306 الذي جاء في حيثياته ما يلي **" حيث أن ورثة الهالك و البائع لا ينكرون هذا الاتفاق و يحلون محل مورثهم في مثل هاته العملية و كان على جهة الاستئناف في هاته الحالة أن تلزم الأطراف بالتوجه أمام مكتب التوثيق من باب تنفيذ الالتزامات لتوثيق البيع العرفي موضوع النزاع، و لا تفصل في البيع ذاته إذ أنه لم يطلب تصحيح البيع، و إنما توثيقه طبقا لمقتضيات قانون التوثيق، و بعدم انتهاجها لذلك و دون حاجة لمناقشة الجوانب الأخرى المشارة في الوجهين تكون قد أساءت تطبيق القانون و عرضت قرارها للنقض ..."**[3]، و يلاحظ على هذا القرار أن قضاة النقض اعتبروا أن إفراغ العقد في شكل رسمي يعتبر تنفيذا لالتزام البائع بنقل الملكية للمشتري و هو أمر غير مقبول قانونا باعتبار أن المشرع كان

[1]- تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 41.

[2]- الأصح هو المادة 361 من القانون المدني المتعلقة بالتزام البائع بألا يعيق نقل الملكية للمشتري لا نص المادة 861 من نفس القانون الواردة خطأ في القرار.

[3]- تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق، ص 50.

صريحا و رتب على تخلف الشكل الرسمي في عقد بيع العقار البطلان المطلق و هو ما يفيد بوضوح أن هذا الإجراء ركن لانعقاد التصرف لا التزام في ذمة أحد الأطراف يترتب على الامتناع عن القيام به مسؤولية الطرف الممتنع التعاقدية

كذلك يمكن الإشارة إلى القرار المؤرخ في 1988/10/12 رقم الملف 46609 رقم الفهرس 477، الذي جاء فيه **" و حيث أن قضاة الموضوع اعتمدوا في قضائهم على العقد العرفي المؤرخ في 1973/06/30 المتضمن التزام الطاعن و قبضه ثمن البيع و على تسليم العقار المبيع، و يتجلى من ذلك العقد العرفي رضا الطرفين على البيع و الشيء المبيع و تحديد الثمن و قبضه من الطاعن، و بالتالي فأركان البيع متوفرة و لم يخالفوا مضمون المادة 12 المحتج بها لأنهم ألزموا الطرفين بالتوجه إلى مكتب التوثيق و لذا علل قضاة الموضوع قرارهم تعليلا سليما فالأوجه غير سديدة و هي مردودة ..."**[1]، و هو ما قضت به المحكمة العليا أيضا في القرار المؤرخ في 1992/02/18 رقم الملف 82998 رقم الفهرس 193 الذي جاء في حيثياته ما يلي **" ...حيث أنه يتبين من خلال الإطلاع على القرار المنتقد أن جهة الاستئناف قد رفضت كل قيمة قانونية للعقدين المحررين بسبب أنهما لم تتوافر فيهما الشكلية القانونية و لم تطبق أحكام المادة 361 من القانون المدني التي تلزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية عسيرا أو مستحيلا، و دون التعرض لمناقشة الوجه الأول و يكون بذلك أن جهة الاستئناف قد أساءت تطبيق القانون .....**[2].

و في نفس الاتجاه أصدر المجلس الأعلى القرار المؤرخ في 1988/12/07 رقم الملف 47259 رقم الفهرس 591 الذي جاء في حيثياته **" ...فإن قضاة المجلس صححوا البيع و صرحوا بأن قرارهم يقوم مقام البيع بدلا من أن يلزموا البائع بتنفيذ التزاماته وفقا لما تقتضيه المادة 361 من القانون المدني، وكان**

[1]- تطبيقات قضائية في المادة العقارية مرجع سابق، ص 54.
[2]- نفس المرجع، ص 58.

عليهم أن يعرضوا الطرفين إلى مكتب التوثيق بإتمام إجراءات البيع بدلا من صرفهما إلى إدارة الرهون و إحلال القرار محل العقد، و هذا خطأ منهم و لا حاجة إلى مناقشة الوجه الرابع..."[1].

و الملاحظ أن الكثير من القرارات التي قضت بأن التطبيق الصحيح للمادة 12 من قانون التوثيق يقتضي الأمر بصرف المتعاقدين لإتمام الإجراءات الرسمية أمام الموثق قد تم تسبيبها بالاعتماد على أن البائع ملزم بنقل الملكية للمشتري و بعدم القيام بما من شأنه أن يجعل نقل الحق له عسيرا أو مستحيلا حسب ما تقتضيه المادتين 351، 361 من القانون المدني، و يترتب على ذلك أنه ملزم بإتمام الإجراءات الشكلية التي نصت عليها المادة 12 من الأمر 91/70، و في قرارات أخرى استند القضاء الأعلى إلى مبدأ رضائية العقود و حرية التصرف في حق الملكية للقول بأن الشكلية الرسمية ليست ركنا في العقود المنصوص عليها بالمادة 12 السابقة الذكر.

و من القرارات التي استندت إلى مبدأ حرية التعاقد نذكر القرار المؤرخ في 1990/02/07 رقم الملف 57930 رقم الفهرس 127 الذي جاء فيه **" ...و عليه كان على المجلس إن رأى نقصا في الشروط الشكلية الرسمية مثل إقامة عقد البيع لدى الموثق.....أن يأمر بإتمام هذا الإجراء أما أن يلغي عقدا تام الأركان بسبب عدم احترامه للشكليات الرسمية بناءا على طلب الغير فهذا مخالف لروح القانون و لمبدأ حرية التعاقد، و عليه تعين إذا القول بتأسيس هذين الوجهين معا و القول أن القرار المطعون خالف أحكام القانون المنظمة لأسس التعاقد و حرية التصرف في حق الملكية المنصوص عليها في المواد 54، 328، 714، من القانون المدني و بذلك يتعين نقضه..."**[2] و قد أسس قضاة النقض قضائهم بصحة العقد العرفي المخالف للمادة 12 من الأمر 91/70 على مبدأ حرية التعاقد و حرية التصرف في حق الملكية في حين أن المشرع قد تدخل بنص صريح و استثنى من

---

[1]- تطبيقات قضائية في المادة العقارية مرجع سابق، ص 61.

[2]- تطبيقات قضائية في المادة العقارية، مرجع سابق ، ص 27

هـ ذا المبـ دأ العقـ ود المنصـ وص عليهـ ا فـ ي المـ ادة 12 السـ ابقة الـ ذكر بحيـ ث قيـ دها بشـ رط إبرامها في صورة رسمية.

المطلب الثاني: المرحلة الممتدة من 1988 إلى اليوم

رغـ م إدراج مضـ مون المـ ادة 12 مـ ن الأمـ ر 91/70 ضـ من نـ ص المـ ادة 324 مكـ رر مـ ن القـ انون المـ دني إلا أن موقـ ف القضـ اء مـ ن مسـ ألة اشـ تراط الرسـ مية فـ ي التصـ رفات المحـ ددة بموجبهـ ا بقـ ي غيـ ر موحـ د و هـ ذا إلـ ى غايـ ة صـ دور قـ رار الغـ رف المجتمعـ ة للمحكمـ ة العليـ ا المـ ؤرخ فـ ي 1997/02/18 و عليـ ه سـ أبين فـ ي الفـ رع الأول التبـ اين الـ ذي اتسـ م بـ ه موقـ ف القضـ اء بالنسـ بة لتطبيـ ق المـ ادة 324 مكـ رر 01 مـ ن القانون المدني ثم أتطرق لقرار الغرف المجتمعة و أعلق عليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تطبيقات القضاء للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني

يمكـ ن تصـ نيف الآراء المتعلقـ ة بهـ ذا الموضـ وع إلـ ى اتجـ اهين، الأول، يـ رى أن هـ ذه الشـ كلية مقـ ررة للإثبـ ات أو كشـ رط لنقـ ل الملكيـ ة و الثـ اني يـ رى أنهـ ا ركـ ن لانعقـ اد العقد[1].

أولا: الاتجاه الأول

في هذا الاتجاه يمكن التمييز بين موقفين.

الأول، يـ رى أن هـ ذه الشـ كلية مقـ ررة للإثبـ ات و قـ د اتبعتـ ه الغرفـ ة التجاريـ ة و البحريـ ة بالمحكمـ ة العليـ ا فـ ي بعـ ض قراراتهـ ا، و يسـ تند هـ ذا الـ رأي إلـ ى موقـ ع نـ ص

[1]- Ghanima Khiar née Lahlou, Op.Cit., P 748, 749, 750.

المادة 324 مكرر 01 في القانون المدني، حيث أدرجت ضمن الكتاب السادس المعنون " إثبات الالتزام " الباب الثاني " الإثبات بالكتابة "، غير أن هذه الحجة مردود عليها بأنه و مهما يكن موقع المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، فإن صياغتها صريحة إذ تنص على بطلان العقود التي تشترط فيها الرسمية في حال تخلفها[1].

الثاني، يرى أن هذه الشكلية هي شرط لنقل الملكية، و لا تتعلق في أي حال بصحة العقد، فعقد بيع العقار أو المحل التجاري العرفي يعتبر صحيحا متى توافرت أركانه، من اتفاق إرادتين على المبيع و الثمن، بغض النظر عن شكل العقد، في حين يعتبر إتمام العقد في شكل رسمي من التزامات البائع تطبيقا للمادة 361 من القانون المدني، و هكذا تنقسم عملية البيع إلى مرحلتين، العقد العرفي و العقد الناقل للملكية الذي يحرر في شكل رسمي.

و الملاحظ أن تقسيم عقد البيع إلى عمليتين مستقلتين و مختلفتين، هو موقف وسط لا يقول بأن الشكلية الرسمية المقررة بالمادة 324 مكرر 01 هي شكلية إثبات، و لا بأنها ركن للانعقاد إلا أنه أمر غير مقبول قانونا، إذ من جهة يقر بصحة العقود المشار إليها بالمادة 324 مكرر 01 المبرمة في شكل عرفي، و من جهة ثانية يفرض على الأطراف التوجه أمام الموثق لإفراغ هذه العقود في شكل رسمي، إذا و طالما أن العقد العرفي صحيح لتوافر أركانه ألا يعد إلزام الأطراف بتوثيقه بحجة أن ذلك التزام عقدي في ذمة البائع تناقضا؟[2]

ثانيا: الاتجاه الثاني

هذا الاتجاه، ذهب إلى التمسك بصراحة نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، و بالتالي القول بتقرير البطلان المطلق كجزاء على تخلف الشكل

[1] - Ghanima Khiar née Lahlou, Op.Cit, P 749, 750.
[2] - Ibid., P 748, 749.

الرسمي في التصرفات القانونية المحددة بموجب هذه المادة ومن بين القرارات الصادرة عن القضاء الأعلى المؤيدة لهذا الرأي، نذكر القرار الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، في 1994/11/09، رقم الملف 103656، الذي قضى بنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء بويرة بتاريخ 1991/06/30، والذي جاء في حيثياته **" حيث أن القضاة أخذوا بعين الاعتبار الوثيقة العرفية المؤرخة في 1989/07/21 المتضمنة هبة جزء من القطعة المتنازع من أجلها من المسميين.....بينما الاجتهاد القضائي المستمر للمحكمة العليا يوجب تحرير مثل هذه العقود في الشكل الرسمي.."** [1].والملاحظ في هذا القرار أن قضاة النقض قد أصابوا في القضاء باستبعاد عقد الهبة العرفي إلا أنه كان يتعين عليهم تأسيس حكمهم على أساس مخالفة نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني لا على أساس اجتهاد المحكمة العليا

كما يمكن الإشارة إلى قرار الغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا، المؤرخ في 1996/07/09 رقم الملف 138806، الذي وإن كان يتعلق بإيجار محل تجاري إلا أنه يشير إلى اعتبار الشكلية المقررة بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني ركنا في العقود المحددة بنص هذه المادة وقد جاء في حيثياته **" حيث بمراجعة القرار المنتقد تبين بأن قضاة المجلس اعتمدوا في إثبات علاقة الإيجار على شهادة الشهود ومحضر المعاينة ووصل إيجار واحد يرجع تاريخه إلى 1992/09/01 أمام نفي الطاعن وجود أية علاقة بينه وبين المطعون ضده في حين لا تثبت عقود إيجار المحلات التجارية إلا بعقد رسمي تحت طائلة البطلان طبقا لنص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، لهذا فإن قضاة المجلس اعتمدوا في إثبات علاقة الإيجار على تواجد الطاعن فعليا بالمحل موضوع النزاع وبذلك خالفوا نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني........."** [2]وقد أكد

---

[1]- نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية البحث، عدد 51، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997، ص 67.

[2]- المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997، ص 87.

قضـ اة الـ نقض فـ ي هـ ذا القـ رار أن التطبيـ ق الصـ حيح لـ نص المـ ادة 324 مكـ رر 01 مـ ن القـ انون المـ دني يقتضـ ي إثبـ ات إيجـ ار المحـ ل التجـ اري بسـ ند مكتـ وب و بالتـ الي يتعـ ين استبعاد ما عداه من أدلة الإثبات كالبينة و الكتابة غير الرسمية.

الفرع الثاني: قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 1997/02/18

أصـ درت الغـ رف المجتمعـ ة قرارهـ ا المـ ؤرخ فـ ي 1997/02/18 رقـ م 136156[1]، لتضـ ع حـ دا لتبـ اين موقـ ف القضـ اء فيمـ ا يخـ ص مسـ ألة الرسـ مية المقـ ررة منـ ذ سـ نة 1971 و الـ ذي اسـ تمر رغـ م تـ دخل المشـ رع بموجـ ب تعـ ديل القـ انون المـ دني سـ نة 1988، و لأنـ ه قـ د يكـ ون مـ ن الغريـ ب أن يضـ طر القضـ اء الأعلـ ى إلـ ى اللجـ وء إلـ ى اسـ تدعاء الغـ رف المجتمعـ ة لإصـ دار اجتهـ اد قضـ ائي مرجعـ ي فـ ي مسـ ألة حسـ مها المشـ رع بصـ ورة واضـ حة، فـ إن معرفـ ة الظـ روف التـ ي صـ در فيهـ ا هـ ذا القـ رار قـ د تفسـ ر أسباب هذا التدخل من جانب المحكمة العليا لتأييد ما أقره المشرع بنص صريح.

أولا: الظروف التي صدر فيها القرار

يمكـ ن القـ ول أن هـ ذا القـ رار صـ در فـ ي ظـ ل تبنـ ي سياسـ ة تشـ ريعية جديـ دة، لـ م تكـ ن فـ ي الواقـ ع منسـ جمة مـ ع مـ ا ترتـ ب عـ ن سـ ابقتها مـ ن أثـ ار، و أن جهـ از القضـ اء كـ ان متـ رددا بـ ين تطبيـ ق القـ انون بصـ رامة و بـ ين إيجـ اد حلـ ول بديلـ ة تناسـ ب المـ واطن، غيـ ر أنها في أغلبها غير قابلة للتنفيذ.

---

[1]- مجلـ ة الاجتهـ اد القضـ ائي للغرفـ ة التجاريـ ة و البحريـ ة، المحكمـ ة العليـ ا، عـ دد خـ اص، الـ ديوان الـ وطني للأشـ غال التربوية، الجزائر، 1999، ص 46، أنظر القرار في الملحق رقم 02.

1- صدور قانون التوجيه العقاري و تعديل القانون المدني

صدر قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 1997/02/18، أي بعد أن تم تعديل القانون المدني و إدراج مضمون المادة 12 من الأمر 91/70 ضمن نص المادة 324 مكرر 01 التي أضيفت إلى أحكام القانون المدني، و قد كان القضاء الأعلى في عدة قرارات صادرة عنه، يستند في استبعاده أحكام المادة 12 السابقة الذكر، بالنسبة للقضايا المتعلقة بالبيوع العقارية إلى أن هذه الأخيرة تخضع لأحكام القانون المدني الذي لم يكن ينص على أن الشكلية الرسمية ركن لانعقاد البيع العقاري.

كما أن القرار جاء بعد صدور قانون التوجيه العقاري سنة 1990 و تخلي المشرع عن سياسة دولنة العقار الخاص، وإلغاء النصوص المتعلقة بتكوين الاحتياطات العقارية البلدية التي كانت عاملا رئيسيا في انتشار البيوع العقارية العرفية.

2- عدم انسجام موقف المشرع مع الواقع الاجتماعي

إن تدخل المشرع بإدراج مضمون نص المادة 12 من الأمر 91/70، ضمن أحكام القانون المدني و إن كان قد حسم الإشكال المتعلق بالتكييف القانوني للشكلية الرسمية المقررة بموجب هذه المادة، إلا أنه لم يكن منسجما مع الواقع الاجتماعي، إذ أن سياسة تكوين الاحتياطات العقارية البلدية فرضت على الخواص بصورة غير مباشرة اللجوء إلى التصرف في العقارات بصورة عرفية مما ترتب عليه أن أصبح نقل الملكية العقارية بصورة رسمية أمرا صعبا لعدم توافر أغلب الملاكين على عقود ملكية رسمية، و هو ما جعلهم يستمرون في القيام بذلك بموجب عقود عرفية.

و قد ترتب على استمرار تعامل الملاكين الخواص بصورة عرفية في عقاراتهم انتشار ظاهرة البناءات غير مرخص بها، و يمكن القول أن جهاز القضاء

الذي اتجه في الكثير من القضايا إلى إيجاد حلول بديلة للمواطن يكون قد ساهم بدوره و بصورة غير مباشرة في انتشار هذه الظاهرة، الأمر الذي كان لا بد من وضع حد له.

3- إصدار قرارات و أحكام غير قابلة للشهر

جاء قرار الغرف المجتمعة في الوقت الذي تسبب فيه الاتجاه القائل في القضاء بصحة العقود العرفية المتضمنة لتصرفات تنقل الملكية العقارية مع الأمر بصرف الأطراف أمام الموثق لإتمام الإجراءات الرسمية في عدة مشاكل و أثار سلبية، ذلك أن الأحكام و القرارات الصادرة في هذا السياق و إن كانت تعطي حلولا لبعض القضايا، لم تكن متوافقة مع الشروط المتطلبة بموجب قوانين الشهر العقاري، الأمر الذي ترتب عليه بطبيعة الحال رفض شهر هذه الأحكام و القرارات أو العقود التي أفرغت فيها و هو ما ينتج عنه عدم انتقال الملكية بين الأطراف، و قد أحصت وزارة العدل 3000 حكم و قرار غير قابل للشهر[1].

4- استمرار التناقض في موقف القضاء

وأمام اشتراط القانون للرسمية و استمرار المواطن في إبرام التصرفات الناقلة للملكية بصورة عرفية، و من خلال القرارات التي تمكنت من الإطلاع عليها يمكن القول أن القضاء الأدنى و الأعلى كان يتأرجح بين تقرير بطلان هذه العقود و بين إرساء حلول بديلة، كالقول بأن هذه التصرفات صحيحة غير أنه يتعين إفراغها في شكل رسمي أو القول أن هذه التصرفات صحيحة بحجة أن الشكلية المقررة بنص المادة 324 مكرر 01 هي مجرد وسيلة إثبات.

---

[1] -Nadia Younsi Haddad, Op.Cit., P 1136, 1137.

هـذا التذبذب وعدم الاستقرار في موقف القضاء يبدو واضحا في القضية المنتهية بقرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 1997/02/18 رقم 136156، إذ قضى مجلس قضاء معسكر في 1994/05/03 بعد إلغاء حكم محكمة المحمدية المؤرخ في 1992/05/10، بالإشهاد بصحة بيع المحل التجاري المبرم بين الطرفين المتنازعين بصورة عرفية و صرفهما أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية، و بعد الطعن بالنقض صدر قرار الغرف المجتمعة السابق الذكر الذي سأحاول التعليق عليه فيما يلي.

ثانيا: التعليق على قرار الغرف المجتمعة

القرار محل التعليق، كان السبب في استقرار موقف القضاء بشأن مسألة الشكلية الرسمية المقررة بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، و التي كان من المفروض ألا تطرح إطلاقا بعد إدراج هذا النص ضمن أحكام القانون المدني، و تجدر الإشارة إلى أن هذا القرار صدر بشأن نزاع يتعلق بإيجار محل تجاري يخضع بدوره لأحكام المادة المذكورة سابقا إلا أنه يمكن تعميم الحل القانوني الذي أتى به على كامل التصرفات القانونية المذكورة بنص هذه المادة، و منها التصرفات الناقلة للملكية و الحقوق العقارية و سأحاول التعليق على قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 1997/02/18 رقم 136156 كالآتي:

1- من حيث الوقائع و الإجراءات

تتلخص وقائع النزاع في أن المسمى (ع ح)، اشترى محلا تجاريا من (ب أ) و ذلك بموجب عقد بيع عرفي مؤرخ في 1988/08/22، و أنه بعد نزاع قضائي بين الطرفين أصدرت محكمة المحمدية حكما مؤرخا في 1992/05/10، تم الطعن فيه بالاستئناف من طرف البائع (ع ح)، و تم الفصل فيه بموجب القرار الصادر عن

مجلـ س قضـ ـاء معسـ كر بتـ ـاريخ 1994/05/03 الـ ذي قضـ ى بعـ د إلغـ ـاء الحكـ م الابتـ دائي الصـ ـادر عـ ن محكمـ ـة المحمديـ ـة بتـ ـاريخ 1992/05/10، بـالإشـ ـهاد بصـ حة بيـ ع المحـ ل التجـ ـاري المبـ ـرم بـ ـين الطـ ـرفين المتنـ ـازعين بموجـ ـب العقـ ـد العرفـ ـي المـ ـؤرخ فـ ـي 1988/08/22 و بصـ ـرفهما أمـ ـام الموثـ ـق للقيـ ـام بـ ـإجراءات نقـ ـل الملكيـ ـة مـ ـع إلـ ـزام الشـ ـاري المطعـ ـون ضـ ـده (ع ح)، بـ ـأداء مبلـ ـغ يقـ ـدر بمـ ـائتي و خمسـ ـين ألـ ـف (250000) دينـ ـار يمثـ ـل قيمـ ـة الـ ـثمن المتبقـ ـي و كـ ـذا تسـ ـعة آلاف (9000) دينـ ـار مقابـ ـل مـ ـؤخر بـ ـدل الإيجار.

بتـ ـاريخ 1994/10/29 طعـ ـن المسـ ـمى (ب أ) بـ ـالنقض ضـ ـد القـ ـرار الصـ ـادر عـ ـن مجلس قضاء معسكر بتاريخ 1994/05/03.

2- حجج الأطراف

كانت حجج الأطراف كالتالي:

أ- حجج الطاعن

تقـ ـدم الطـ ـاعن بواسـ ـطة دفاعـ ـه بوجـ ـه وحيـ ـد للطعـ ـن مفـ ـاده أن عمليـ ـة بيـ ـع المحـ ـل التجـ ـاري تخضـ ـع لأحكـ ـام المـ ـادتين 79 مـ ـن القـ ـانون التجـ ـاري و 324 مكـ ـرر 01 مـ ـن القـ ـانون المـ ـدني، و أنـ ـه يجـ ـب إثباتـ ـه بعقـ ـد رسـ ـمي تحـ ـت طـ ـائلـ ـة الـ ـبطلان إلا أن القـ ـرار المنتقد رفض الدفع الخاص ببطلان العقد و قضى بصحته.

ب- حجج المطعون ضده

بعد تبليغه تبليغا صحيحا لم يتقدم المطعون ضده بأي رد.

3- من حيث الإشكال القانوني

يثير القرار محل التعليق الإشكال القانوني التالي:

ه ل الش كلية الرس مية المق ررة بموج ب الم ادتين 324 مك رر 01 م ن الق انون الم دني الس ابق الإش ارة إليه ا و 79 م ن الق انون التج اري[1]، ركـ ن لانعق اد عق د بي ع المح ل التج اري، و بالت الي يترت ب عل ى تخلفه ا بط لان العق د بطلان ا مطلق ا؟ أو بص يغة أخرى ما مدى صحة العقد العرفي المتضمن بيع محل تجار ي ؟

و إذا كان ت الش كلية الرس مية المق ررة بموج ب الم ادتين 324 مك رر 01 م ن الق انون الم دني و 79 م ن الق انون التج اري، ف ي بي ع المح ل التج اري ليس ت ركن ا للانعقاد، فما هو التكييف القانوني لها؟

أ- الحل القانوني

تب اين موق ف القض اء الأعل ى بالنس بة للإش كال المط روح عل ى الغرف ة التجاري ة و البحري ة ف ي المل ف رق م 136156 ال ذي ص در بش أنه الق رار مح ل التعلي ق، و ق د انقس م موق ف القض اء أساس ا إل ى اتج اهين، الأول تمي ز ب ه قض اء الغرف ة المدني ة ال ذي ذه ب إل ى الق ول بص حة العق ود العرفي ة المتض منة بي وع عقاري ة أو مح لات تجاري ة م ع ص رف الأط راف إل ى الموث ق لإتم ام الإج راءات الرس مية اس تنادا للم واد 71،72، 106، 107 م ن الق انون الم دني، و الث اني تمي ز ب ه قض اء الغرف ة التجاري ة و البحري ة، ال ذي ذه ب إل ى التص ريح ب بطلان العق ود العرفي ة المخالف ة للم واد 12 م ن الأم ر 91/70، 324 مكرر 01 من القانون المدني و 79 من القانون التجاري[2].

ه ذا الاخ تلاف ف ي موق ف القض اء الأعل ى انعك س عل ى قض اء المح اكم و المج الس ال ذي ك ان متأرجح ا ب ين الاتج اهين الس ائدين ف ي المحكم ة العلي ا، و ه و م ا

---

[1]- ت نص الم ادة 79 م ن الق انون التج اري عل ى أن ه " ك ل بي ع اختي اري أو وع د ب البيع و بص فة أع م ك ل تن ازل ع ن مح ل تج اري و ل و ك ان معلق ا عل ى ش رط أو ص ادر بموج ب عق د م ن ن وع آخ ر أو ك ان يقض ي بانتق ال المح ل التج اري بالقس مة أو المزاي دة أو بطري ق المس اهمة ب ه ف ي رأس م ال الش ركة يج ب إثبات ه بعق د رس مي و إلا ك ان باطلا ".

[2]- حس ان ب وعروج، تعلي ق عل ى ق رار 18 فيف ري 1997، مجل ة الاجته اد القض ائي للغرف ة التجاري ة و البحري ة، مرجع سابق، ص 42،43.

أدى إلى عرض الملف رقم 136156 على الغرفة المختلطة للمحكمة العليا للنظر فيه وفقا لأحكام المواد 20 وما يليها من القانون رقم 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها[1]، فاجتمعت هذه الغرفة مشكلة من قضاة الغرفة المدنية والغرفة التجارية والبحرية، بتاريخ 1996/05/21 وتمت مناقشة الإشكال القانوني الذي يطرحه الملف على ضوء اجتهاد كل غرفة، وبسبب عدم اتفاقهما على حل موحد قررت الغرفة المختلطة إحالة الملف على الغرف المجتمعة للفصل فيه عملا بالمادتين 22 و 23 من القانون المؤرخ في 1989/12/12[2].

الحل القانوني الذي أتى به القرار المؤرخ في 1997/02/18 للإشكال الذي يطرحه الملف جاء في الحيثيتين التاليتين **"....حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحريره في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد.**

حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والشاري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع، وضمن هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية ويأمروا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني....".

إذا فقرار الغرف المجتمعة انتهى إلى أن العقد العرفي المتضمن لبيع قاعدة تجارية وإن كان يرتب التزامات شخصية على عاتق طرفيه فهو عقد باطل بطلانا مطلقا لتخلف أحد شروط صحته، المتمثل في ضرورة تحريره في شكل رسمي، وأن هذا البطلان لا يقبل التصحيح بالأمر بصرف الأطراف أمام الموثق لإتمام

---

[1]- القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 53، سنة 1989.
[2]- حسان بوعروج، مرجع سابق، ص 43.

الإجراءات الشكلية المتطلبة، لذا كان لا بد في هذه الحال من التصريح ببطلانه و الأمر برد الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

4- البعد القانوني و العملي للقرار

أ- البعد القانوني للقرار

تضمن الحل القانوني الذي أتى به قرار 1997/02/18، ثلاث نقاط قانونية تستدعي الوقوف عندها.

تتمثل الأولى في " التكييف القانوني للشكلية المقررة بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني و كذلك المادة 79 من القانون التجاري "، حيث اعتبرت المحكمة العليا في هذا القرار أن**"الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته"**، و قد عالج القرار محل التعليق مسألة التكييف القانوني للشكلية المتطلبة قانونا في عقد بيع المحل التجاري بصفة خاصة و التي يمكن تعميمها على جميع العقود المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني لوضع حد للاختلاف الذي كان قائما بشأنها و ذلك في الحيثية التالية**" حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته و أن تحريره في شكل آخر يخالف القانون و يؤدي إلى بطلان ذلك العقد "**.

إذا فالقرار اعتبر الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة الجارية[1]، شرطا من شروط صحة التعاقد ثم رتب على تخلف هذا الشرط البطلان المطلق.

و في تعليقها على هذا القرار ذهبت السيدة لحلو غنيمة إلى القول بأنه قد وضع حدا لاختلاف التفسيرات بشأن التكييف القانوني للشكلية المتطلبة بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني و قبلها المادة 12 من الأمر 91/70، إذ أكد القرار

[1]- و يقصد بمصطلح القاعدة التجارية، المحل التجاري باعتباره مالا منقولا معنويا حسب ما ورد في صياغة المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني و المادة 12 من الأمر 91/70، مرجع سابق.

أنها ليست وسيلة للإثبات أو لنقل الملكية و لا هي التزام في ذمة البائع إنما هي ركن لانعقاد العقد شأنها شأن الرضا، المحل و السبب يترتب على تخلفها بطلان العقد[1]

و الملاحظ أن القرار محل التعليق يثير بعض الغموض بشأن المصطلح القانوني المستعمل للدلالة على التكييف القانوني للشكلية المقررة بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني و كان من الأصح التعبير عنها بأنها ركن لانعقاد العقد لا شرط لصحته. نظرا للاختلاف بين المصطلحين فشروط صحة التعاقد مقررة لمصلحة أطراف العقد و يترتب على تخلفها البطلان النسبي بناءا على طلب صاحب المصلحة فيه، و الذي يمكن له التنازل عن طلب البطلان و بالتالي يكون العقد صحيحا في مواجهته. بينما الشكلية الرسمية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني قررت بصريح عبارة النص تحت طائلة البطلان المطلق. و هو ما يفيد أنها ركن لانعقاد العقد و ليست شرط لصحته، و ما يؤكد ذلك أن القرار محل التعليق جاء فيه أن هذه الشكلية من النظام العام إذ عبر عن ذلك كما يلي" **... إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام ...**".

وقد اعتمد قرار الغرف المجتمعة في تحديده للتكييف القانوني الشكلية الرسمية محل النقاش، على القواعد الكلاسيكية المتعلقة بالمصلحة العامة و النظام العام، ذلك أنه من المقرر قانونا أن هناك ترابطا بين طبيعة البطلان المترتب عن إغفال قاعدة قانونية و بين الهدف الذي من أجله وضعت هذه القاعدة بحيث إذا كانت القاعدة مقررة لفائدة المصلحة العامة كان البطلان الناتج عن إغفالها بطلانا مطلقا أما إذا كانت مقررة لمصلحة خاصة كان البطلان نسبيا. فالمحكمة العليا بررت تقريرها للبطلان المطلق في القرار موضوع التعليق بأن الإجراءات القانونية المغفلة من النظام العام، و بهذه الصورة يكون القرار قد وضح أن الهدف الذي اشترطت لأجله المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني و المادة 79 من القانون

[1]- Ghanima Khiar née Lahlou, Op.Cit., P 745.

التجـ اري الشـ كلية الرسـ مية هـ و حمايـ ة الصـ الح العـ ام لا مصـ الح الأطـ راف الخاصـ ة و أكد أيضا أن هذه القاعدة قاعدة آمرة لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها[1].

أمـ ا الثانيـ ة فتتعلـ ق بآثـ ار العقـ د العرفـ ي المتضـ من لبيـ ع محـ ل تجـ اري إذ توصـ ل القـ رار محـ ل التعليـ ق إلـ ى أن " **العقـ د المتضـ من لبيـ ع قاعـ دة تجاريـ ة عقـ د باطـ ل و إن كـ ان يرتـ ب التزامـ ات شخصـ ية** "، و قـ د عبـ ر القـ رار عـ ن هـ ذه النتيجـ ة القانونيـ ة فـ ي الحيثيـ ة التاليـ ة " **حيـ ث أنـ ه إذا كـ ان صـ حيحا أن العقـ د العرفـ ي المتعلـ ق ببيـ ع قاعـ دة تجاريـ ة يتضـ من التزامـ ات شخصـ ية علـ ى عـ اتق البـ ائع و الشـ اري إلا أنـ ه باطـ ل بطلانـ ا مطلقـ ا لكونـ ه يخضـ ع لإجـ راءات قانونيـ ة تخـ ص النظـ ام العـ ام، لا يمكـ ن للقاضـ ي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع...**".

غيـ ر أنـ ه لا يمكـ ن للعقـ د أن يرتـ ب التزامـ ات شخصـ ية و أن يكـ ون بـ اطلا فـ ي نفـ س الوقـ ت، لأن العقـ د الباطـ ل بطلانـ ا مطلقـ ا يعتبـ ر فـ ي حكـ م العـ دم و لا يرتـ ب أيـ ة آثـ ار قانونيـ ة. و يؤكـ د ذلـ ك النتيجـ ة التـ ي توصـ ل إليهـ ا نفـ س القـ رار عنـ دما قـ رر أن هـ ذا الـ بطلان غيـ ر قابـ ل للتصـ حيح و أنـ ه يتعـ ين الأمـ ر بإرجـ اع الأطـ راف إلـ ى الحالـ ة التـ ي كـ انوا عليهـ ا قبـ ل التعاقـ د و ذلـ ك فـ ي الحيثيـ ة التاليـ ة " **...لا يمكـ ن للقاضـ ي أن يصـ ححها بـ الحكم علـ ى الأطـ راف بالتوجـ ه أمـ ام الموثـ ق للقيـ ام بـ إجراءات البيـ ع و ضـ من هـ ذه الظـ روف يتعـ ين علـ ى قضـ اة الموضـ وع أن يقضـ وا بـ بطلان العقـ د العرفـ ي المتعلـ ق ببيـ ع القاعـ دة التجاريـ ة و يـ أمروا بإرجـ اع الأطـ راف إلـ ى الحالـ ة التـ ي كـ انوا عليهـ ا قبـ ل التعاقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني.....**".

و قـ د جـ اء فـ ي تعليـ ق السـ يدة لحلـ و غنيمـ ة علـ ى هـ ذا القـ رار أن المحكمـ ة العليـ ا أرادت تفـ ادي أي غمـ وض بشـ أن آثـ ار الـ بطلان بـ أن أكـ دت فـ ي العبـ ارة المشـ ار إليهـ ا أعـ لاه إلـ ى النتيجـ ة الوحيـ دة لتقريـ ر بطـ لان العقـ د، و هـ ي إلغـ اؤه بـ أثر رجعـ ي و بالتـ الي رجوع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

---

[1]- Ghanima Khiar Née Lahlou, Op.Cit., P 744.

إلا أنها استعملت تعبيرا غير واضح لأجل هذا الغرض إذ جاء في قرارها أن العقد العرفي المتضمن لبيع قاعدة تجارية عقد باطل رغم ترتيبه للالتزامات شخصية في ذمة الأطراف[1].

أما الثالثة فتتعلق بآثار البطلان الناجم عن إغفال الشكلية المقررة بالمادة 79 من القانون التجاري و 324 مكرر 01 من القانون المدني حيث قضى القرار بأنه يترتب عليه **" إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد و عدم قابلية العقد للتصحيح"**، فالقرار انتهى إلى أن النتيجة الوحيدة لتقرير بطلان العقد بطلانا مطلقا، هي إلغاء العقد بأثر رجعي و القول برجوع الأطراف إلى الحال التي كانوا عليها قبل التعاقد. كما ربط القرار بين طبيعة البطلان المقرر و عدم قابلية العقد للتصحيح، عندما قرر أن البطلان المطلق يترتب عنه عدم قابلية العقد للتصحيح، إذ جاء فيه" **...إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع، و ضمن هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية و يأمروا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني....".**

و ترى السيدة لحلو غنيمة أنه يجب التفرقة بين تصحيح العقد "régularisation" و بين التصريح بصحته "confirmation"، ذلك أن هذا الأخير لا يكون ممكنا إلا في حالة تقرير البطلان النسبي، و هذا إذا ما قرر الطرف صاحب الحق في طلب إبطال العقد التنازل عن حقه هذا بينما المقصود بتصحيح العقد تقرير صحة عقد باطل أساسا عن طريق إتمامه بإضافة العنصر الناقص فيه. و أنه إذا كان التصريح بصحة العقد لا أثر له إلا في مواجهة المتنازل عن حقه في طلب إبطال العقد فإن تصحيحه يجعله و بأثر رجعي حجة في مواجهة أطرافه و في

[1]- Ghanima Khiar née Lahlou, Op.Cit., P 747.

مواجهة الغير، و أن هذا الإجراء غير ممكن في حالة تقرير البطلان المطلق للعقد. و هو ما أكده قرار الغرف المجتمعة الذي ربط عدم إمكانية تصحيح العقد العرفي عن طريق قصد رف الأطراف أمام الموثق لإتمام الإجراء الشكلي الذي ينقصه بطبيعة البطلان الذي يشوب هذا العقد[1].

ب- البعد العملي للقرار

جاء في تعليق المستشار حسان بوعروج على القرار محل التحليل أنه يعد خطوة جديدة لتعزيز دولة القانون لكونه يطالب المواطنين باحترام الشكل الرسمي في معاملاتهم التجارية و العقارية حفاظا على حقوقهم و حقوق الدولة، لأنه لا يمكن اكتساب حقوق بموجب عقود عرفية فوضوية. و أضاف أنه أي القرار يطلب من الجهات القضائية السهر على التطبيق السليم للقانون، و أنه جاء في الوقت المناسب لتوحيد الاجتهاد القضائي في هذه المسألة [2].

و في تقييم آخر لآثار هذا القرار من الناحية العملية ذهبت السيدة يونسي ليندة إلى أن هذا القرار الذي أعاد تكريس الاجتهاد القضائي الذي جاء تطبيقا للمادة 12 من الأمر 91/70، لم يتمكن كما هو الحال بالنسبة للاجتهاد الأول من تحقيق الهدف المبتغى منه ألا و هو إيقاف التعاملات العقارية العرفية، كما أن تطبيقه لا يخلو من الصعوبة لأنه لا يعطي حلا للمشكلة المطروحة المتعلقة أساسا بالبناءات الغير شرعية التي يعتبر التعامل في العقار بصورة عرفية السبب الرئيسي لها، كما يبقى الإشكال دائما مطروحا بالنسبة للعقارات التي حررت بشأنها سندات ثم تم التعامل فيما لمرات متتالية بعقود عرفية و تم خرق سلسلة الشهر العقاري فيها و غيرها من الحالات التي يمكن تصورها و التي لا يمكن في ظل هذا الموقف للمشرع و القضاء إيجاد حل لها[3].

---

[1]- Ghanima Khiar née Lahlou, Op.Cit., P 746.

[2]- حسان بوعروج، مرجع سابق، ص 44، 45.

[3]- Nadia Younsi Haddad, Op.Cit., P 1134, 1135.

إلا أن القـ ـرار و إن كـ ـان لا يعطـ ـي حـ ـلا للوضـ ـعيات القائمـ ـة بسـ ـبب سياسـ ـات تشـ ـريعية اسـ ـتمرت لسـ ـنين طويلـ ـة فهـو قـ ـرار مبـ ـدئي إذ لا يمكـ ـن فـ ـي أي حـ ـال مـ ـن الأحـ ـوال تبنـ ـي اجتهـ ـاد قضـ ـائي مخـ ـالف للقـ ـانون بحثـ ـا عـ ـن إعطـ ـاء حلـ ـول لوضـ ـعيات اجتماعيـ ـة معينـ ـة لأن ذلـ ـك سـ ـيترتب عليـ ـه خلـ ـق إشـ ـكالات جديـ ـدة و قـ ـد سـ ـبق أن أشـ ـرت إلـ ـى عـ ـدم إمكانيـ ـة شـ ـهر الأحكـ ـام و القـ ـرارات القضـ ـائية التـ ـي أقـ ـرت بصـ ـحة العقـ ـود العرفيـ ـة المخالفة لنص المادة 324 مكرر01 من القانون المدني.

و لعـ ـل أهـ ـم نتيجـ ـة أسـ ـفر عنهـ ـا قـ ـرار الغـ ـرف المجتمعـ ـة هـ ـي توحيـ ـد الاجتهـ ـاد القضـ ـائي للمحكمـ ـة العليـ ـا و مجلـ ـس الدولـ ـة الـ ـذين أصـ ـدرا عـ ـدة قـ ـرارات تؤكـ ـد التزامهمـ ـا بتطبيق النتيجة التي توصل إليها قرار 1997/02/18.

و فيمـ ـا يلـ ـي بعـ ـض القـ ـرارات الصـ ـادرة عـ ـن الغـ ـرفتين العقاريـ ـة و المدنيـ ـة بالمحكمة العليا، و عن مجلس الدولة في هذا الموضوع.

1- الغرفة العقارية بالمحكمة العليا

القـ ـرار الصـ ـادر فـ ـي الملـ ـف رقـ ـم 149156 بتـ ـاريخ 1997/05/28 المتعلـ ـق بنقـ ـل الملكيـ ـة العقاريـ ـة الـ ـذي جـ ـاء فـ ـي أسـ ـبابه **" ...يتضـ ـح مـ ـن القـ ـرار المطعـ ـون فيـ ـه أن قضـ ـاة مجلـ ـس تيـ ـزي وزو عنـ ـدما اسـ ـتجابوا لطلبـ ـات المطعـ ـون ضـ ـدهم الراميـ ـة إلـ ـى اسـ ـترجاع قطعـ ـة الأرض التـ ـي اشـ ـتراها الطـ ـاعنون فـ ـي الطعـ ـن مـ ـن مـ ـورث المطعـ ـون ضـ ـدهم بموجـ ـب عقـ ـد عرفـ ـي مـ ـؤرخ فـ ـي 1981/05/23 مقابـ ـل إرجـ ـاعهم للمشـ ـترين ثمـ ـن البيـ ـع بحجـ ـة أن البيـ ـع لـ ـم يقـ ـع بعقـ ـد رسـ ـمي و فقـ ـا للمـ ـادة 12 مـ ـن الأمـ ـر 91/70 المـ ـؤرخ فـ ـي 1970/12/15 قـ ـد طبقـ ـوا القـ ـانون تطبيقـ ـا سـ ـليما."[1]**.و فـ ـي هـ ـذا القـ ـرار إشـ ـارة واضـ ـحة إلـ ـى آثـ ـار الـ ـبطلان النـ ـاجم عـ ـن مخالفـ ـة المـ ـادة 12 مـ ـن قـ ـانون التوثيـ ـق و المتمثلـ ـة اعتبـ ـار العقـ ـد العرفـ ـي المنصـ ـب علـ ـى بيـ ـع عقـ ـار بـ ـاطلا بطلانـ ـا مطلقـ ـا و نتيجتـ ـه رجـ ـوع الطـ ـرفين

[1]- الاجتهـ ـاد القضـ ـائي للغرفـ ـة العقاريـ ـة، الجـ ـزء الثـ ـاني، المحكمـ ـة العليا،قسـ ـم الوثـ ـائق و المسـ ـتندات، ديـ ـوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 271.

إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد و بالتالي استرجاع المشتري للثمن و استرداد البائع للعقار موضوع البيع.

القرار الصادر في الملف رقم 197347 بتاريخ 2000/06/28 الذي جاء في حيثياته ما يلي **" حيث و بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس قد استندوا في قضائهم بصحة البيع العرفي بين طرفي الخصومة و إلزام الطاعن بالقيام بالإجراءات القانونية لنقل الملكية إلى القول أن الطرفين اعترفا بصحة البيع و أن المادة 361 من القانون المدني تلزم البائع بالقيام بما هو لازم لنقل الحق المبيع، دونما تحديد من قبلهم لتاريخ البيع العرفي، الذي يعد المدار الذي على ضوءه يعتبر العقد العرفي صحيحا منتجا لجميع آثاره أو باطلا بطلانا مطلقا، و الحال أن المادة 12 من قانون التوثيق التي كانت سارية قبل إلغائها و إدراج مضمونها في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني تشترط تحت طائلة البطلان بالنسبة لجميع العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عنصر من عناصرها.....حيث و بقضائهم هكذا و دون تحديد منهم لتاريخ البيع العرفي لمعرفة ما إذا كان الشارع يتطلب الشكلية يكون قضاة المجلس قد تجاهلوا المبادئ القانونية المذكورة...."** [1]. و يلاحظ من خلال أسباب هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا قد نقضوا القرار المطعون فيه على أساس أن قضاة الحكم لم يبينوا تاريخ عقد البيع العرفي محل النزاع لمعرفة ما إذا كان المشرع يتطلب الشكل الرسمي فيه عند تاريخ إبرامه أم لا باعتبار أنه يتضمن بيع عقار و أشاروا إلى أن التطبيق السليم لنص المادة 12 من قانون التوثيق و 324 مكرر 01 من القانون المدني يقتضي التصريح ببطلان العقود المخالفة لهذين النصين بطلانا مطلقا. و يمكن أن يعاب على القرار المنقوض من جهة أخرى أن قضاة الموضوع قد طبقوا أحكام المادة 361 من القانون المدني على العقد موضوع النزاع و هذا ما يستفاد منه أنه أبرم بعد صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق و بالتالي فهو باطل بطلانا مطلقا لمخالفته المادة 12 من الأمر السابق الذكر

[1]- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 262.

القرار الصادر في الملف رقم 199852 بتاريخ 2000/06/28، الذي جاء في حيثياته" ....**حيث أن المحكمة و كذا المجلس استجابة لطلبه أحد الطرفين (ر.م) و (د.ج) لإتمام إجراءات البيع أمام الموثق.**

حيث أنه و تطبيقا لمقتضيات المادة 12 من الأمر المتعلق بالتوثيق الساري المفعول بتاريخ إبرام البيع العرفي بين (ر.م) و (د.ج)، فإن كل عقد يتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية يجب أن يحرر تحت طائلة البطلان في الشكل الرسمي و هكذا فإن العقد المثار من طرف المدعي و المحرر خرقا لهذه الأحكام يعد باطلا و لا يؤدي إلى نقل الملكية، و بالتالي فإن القضاة كانوا على خطأ عندما استجابوا إلى طلبه و أنه يتعين الأمر بنقض القرار المطعون فيه لخرقه القانون "[1].

و قد أشار قضاة النقض في هذا القرار إلى طبيعة البطلان المترتب على مخالفة المادة 12 من قانون التوثيق عندما قرروا أن عقد البيع العرفي موضوع النزاع لا يرتب أثره الناقل للملكية و لا يمكن تصحيحه عن طريق صرف الأطراف لإفراغه في شكل رسمي و هو ما يفيد أنه بطلان مطلق يجعل العقد في حكم العدم.

2- الغرفة المدنية بالمحكمة العليا

بعد صدور قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 1997/02/18 استقر قضاء الغرفة المدنية للمحكمة العليا بجميع أقسامها على اعتبار الشكلية الرسمية المتطلبة في السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة ركنا لانعقاد التصرف الناقل لها، و يمكن الإشارة إلى مجموعة من القرارات الصادرة بهذا الشأن، و التي منها ما يشير في أسبابه إلى قرار الغرف المجتمعة السابق الذكر، كالقرار الصادر في 2007/12/18 رقم الملف 393103 عن الغرفة المدنية القسم الأول غير منشور[2] الذي جاء فيه " **حيث الثابت من ملف الطعن أن الطاعن يطالب بنقل الملكية التي**

---

[1]- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 266.
[2]- أنظر ملحق رقم 03.

اشتراها بعقد عرفي لكن....المشرع اشترط الشكل في السندات المثبتة لنقل الملكية ....من جهة أخرى فإنه قبل صدور قرار الغرف المجتمعة في 1997/02/20[1] كان الاجتهاد القضائي يسمح بإلزام البائع بنقل الملكية في حالة توفر الشروط الموضوعية ولكن هذا الاجتهاد ألغي حسب قرار 1997/02/20......". وقد استعمل القضاة في هذا القرار عبارة يسمح للبائع بنقل الملكية للدلالة على ما كان معمولا به في القضاء من الأمر بإلزام البائع بإفراغ العقد العرفي في شكل رسمي.

كذلك أشارت الغرفة المدنية القسم الأول في قرارها المؤرخ في 2007/12/18 الملف رقم 377387 غير منشور[2] إلى اجتهاد الغرف المجتمعة وقد جاء في أسباب هذا القرار ما يلي **" حيث أن العقد إذا كان يبرم من حيث المبدأ بمجرد حصول اتفاق إرادتين فإن الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون و بصورة استثنائية توفر شكل من الأشكال الرسمية حيث يصبح تدخل الموثق و تحت طائلة البطلان واجبا كنقل ملكية عقار و ذلك طبق للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني و 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتعلق بالتوثيق.......لاسيما أن المحكمة العليا غيرت اجتهادها اعتبارا من صدور قرارها بتاريخ 1997/02/18 رقم 136156 و ذلك على إثر اجتماع كامل غرفها و أصبح بذلك البيع العرفي المنصب على عقار حتى و لو كان مسجلا فاقد القوة القانونية و باطل بطلانا مطلقا...".**

و يلاحظ أن القرارين المذكورين أعلاه يستندان إلى قرار الغرف المجتمعة لتأكيد أنه لم يعد من المقبول قانونا الاجتهاد خلافا له ، و قد التزمت الغرفة المدنية بالنتيجة المتوصل إليها بموجب قرار الغرف المجتمعة في العديد من القضايا المتعلقة بنقل الملكية العقارية كالبيع، الهبة و المبادلة و غيرها نذكر منها بالنسبة

[1]- قرار الغرف المجتمعة صدر في 1997/02/18 و ليس في 1997/02/20 كما ورد في القرار المذكور أعلاه.

[2]- أنظر ملحق رقم 04.

لعقد البيع القرار الصادر في الملف رقم 392676 بتاريخ 2007/12/18 عن القسم الثاني لهذه الغرفة غير منشور[1] الذي جاء في حيثياته **" حيث أنه من المقرر قانونا أن الشكل الرسمي في البيوع العقارية يعتبر شرط ضروري لصحة البيع و أن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا و من ثم فإن قضاة الموضوع ....طبقوا صحيح القانون و لم يخالفوا أحكام المادتين 351 و 352 من القانون المدني..."**.

و هذا القرار يمكن أن يقال بشأنه ما سبق ذكره عن قرار الغرف المجتمعة من حيث اعتباره للشكل الرسمي شرطا لصحة البيع، و هو الحال أيضا بالنسبة لما سبق ذكره بشأن اعتبار المحكمة العليا في قرار غرفها المجتمعة العقد العرفي المخالف للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني عقدا يرتب التزامات شخصية و مع ذلك فهو عقد باطل فإننا نجد قضاة الغرفة المدنية القسم الأول اتجهوا إلى نفس الرأي في قرارهم الصادر بشأن الملف رقم 347703 بتاريخ 2007/04/18 غير منشور[2] الذي جاء في حيثياته **" حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا بالاستناد إلى نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، و أن البيع الذي تضمنه العقد العرفي إذا كان يرتب التزامات شخصية بين الطرفين فلا يكون إلى درجة تصحيح البيع و نقل الملكية ما دام الأمر يتعلق بالنظام العام ....."** و في الملف رقم 373487 المتعلق بعملية مبادلة أصدر القسم الأول للغرفة المدنية بالمحكمة العليا قرارا مؤرخ في 2007/06/20 غير منشور[3] جاء في أسبابه **" حيث أن قضاة الموضوع احترموا صحيح القانون عندما ذكروا كون مبادلة عقارين يجب أن تكون طبقا للشكل الرسمي ...و أن المبادلة ما هي إلا نقل عقار مقابل عقار و تشترط فيها الرسمية طبقا للمادة 12 من قانون التوثيق...."**.

[1]- أنظر ملحق رقم 05.
[2]- أنظر ملحق رقم 06.
[3]- أنظر ملحق رقم 07.

و قـ د التزمـ ت الغرفـ ة المدنيـ ة القسـ م الثالـ ث بتطبيـ ق نـ ص المـ ادة 324 مكـ رر01 مـ ن القـ انون المـ دني عنـ دما اعتبـ رت أن المقـ رر الإداري لا يرقـ ى لدرجـ ة عقـ د البيـ ع أو الوعـ د بـ البيع الرسـ مي و هـ ذا فـ ي القـ رار الصـ ادر عنهـ ا بتـ اريخ 2007/10/17 فـ ي الملـ ف رقـ م 386765 غيـ ر منشـ ور[1] الـ ذي جـ اء فيـ ه مـ ا يلـ ي **" حيـ ث أن .... تبـ ين أن قضـ اة الموضـ وع لمـ ا قضـ وا علـ ى الطاعنـ ة بتسـ وية الإجـ راءات القانونيـ ة لنقـ ل ملكيـ ة القطعـ ة الأرضـ ية للمطعـ ون ضـ دها لـ م يعطـ وا الأسـ اس القـ انوني لقـ رارهم لأن المطعـ ون ضـ دها قـ د تحصـ لت علـ ى مقـ رر إداري مـ ؤرخ فـ ي 1995/02/25 لا يرقـ ى إلـ ى وعـ د بـ البيع أو عقـ د بيـ ع لكـ ي تطالـ ب بتسـ وية الإجـ راءات القانونيـ ة و مـ ا هـ ي إلا إجـ راءات إدارية لا ترقى إلى سند ملكية...".**

3- مجلس الدولة

كمـ ا هـ و الحـ ال بالنسـ بة للمحكمـ ة العليـ ا نجـ د موقـ ف مجلـ س الدولـ ة مـ ن تطبيـ ق نـ ص المـ ادة 324 مكـ رر 01 مـ ن القـ انون المـ دني بعـ د صـ دور قـ رار الغـ رف المجتمعـ ة اتجـ ه إلـ ى القـ ول بـ أن الشـ كلية المقـ ررة بموجـ ب هـ ذه المـ ادة هـ ي شـ كلية انعقـ اد و هـ و مـ ا جـ اء فـ ي أسـ باب القـ رار الصـ ادر عـ ن هـ ذه الهيئـ ة بتـ اريخ 2000/06/26 رقـ م 210419غيـ ر منشـ ور[2] بالصـ يغة التاليـ ة **" حيـ ث أن و فقـ ا للمـ ادة 324 مكـ رر 01 مـ ن القـ انون المـ دني، فـ إن العقـ ود التـ ي تتضـ من نقـ ل العقـ ار أو حقـ وق عينيـ ة عقاريـ ة يجـ ب أن تحرر في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق**

حيث أن عقد البيع لا ينعقد و لا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام موثق.

حيث أن الرسالة المحتج بها لا تعد عقد بيع.......".

[1]- أنظر ملحق رقم 08.

[2]- حمـ دي باشـ ا عمـ ر، القضـ اء العقـ اري فـ ي ضـ وء أحـ دث القـ رارات الصـ ادرة عـ ن مجلـ س الدولـ ة و المحكمـ ة العليـ ا، دار هومة، الجزائر، 2005.، ص 8.

و يلاحظ من خلال أسباب القرار المذكور أعلاه أن مجلس الدولة طبق أحكام المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني بقضائه بأن تخلف الرسمية في عقد بيع العقار يؤدي بطلانه بطلانا مطلقا.

كذلك يمكن الإشارة إلى القرار الصادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة بتاريخ 1999/01/11 رقم الملف 143633 رقم الفهرس 06، غير منشور[1] الذي جاء في حيثياته ما يلي" **حيث أنه يستخلص من الملف أنه أثناء شهر الاعتراف بالملكية من قبل الموثق تعرض إلى الاعتراف بالملكية بسبب أن القطعة الأرضية ملك للدولة.**

حيث أن العقد العرفي الذي يتمسك به المستأنفون لا يحمل تاريخا.

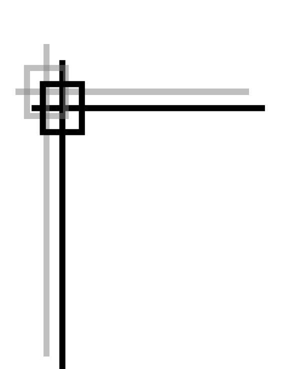
حيث بالنظر إلى قانون ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق فإن كل عقد متعلق بنقل الملكية يجب أن يتم بشكل رسمي......."، و قد استند قضاة مجلس الدولة في هذا القرار إلى أحكام المادة 12 من قانون التوثيق و أكدوا أن الحق في الملكية العقارية لا يثبت إلا بسند رسمي.

[1]- أنظر ملحق رقم 09.

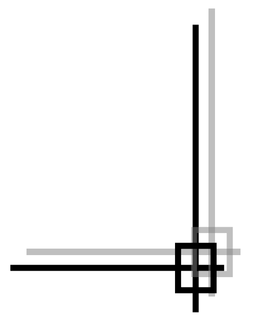
خلاصــــــــــة

عم لا بالق انون 157/62 المم دد لس ريان التش ريع الفرنس ي ف ي الجزائ ر طب ق القض اء أحك ام الق انون الفرنس ي و ك ذا م ا توص ل إلي ه الاجته اد القض ائي ف ي فرنس ا فيم ا يتعل ق بمس ألة إثب ات الملكي ة العقاري ة الخاص ة.و بموج ب الم ادة 12 م ن الأم ر 91/70 المتض من ق انون التوثي ق ق ام المش رع بف رض الرس مية ك ركن ف ي إب رام التصرفات الناقلة للملكية العقارية.

و ق د تب اين موق ف القض اء بش أن تكيي ف الش كلية المق ررة بالم ادة 12 م ن ق انون التوثي ق و ذل ك حت ى بع د إدراج مض مونها ض من الم ادة 324 مك رر 01 م ن الق انون الم دني.مم ا اس تدعى ت دخل المحكم ة العلي ا بإص دار ق رار ع ن غرفه ا المجتمع ة بت اريخ 1997/02/18 اس تقر القض اء بع ده عل ى التص ريح ب أن الش كلية الرس مية رك ن لانعق اد التصرفات الناقلة للملكية العقارية يترتب على تخلفها البطلان المطلق.




خاتمة



خاتمـــــــة

عرفت الجزائر منذ الاستقلال أزمة في تنظيم و ضبط الوعاء العقاري وقفت في وجه نمو الاقتصاد الوطني و تسببت في انتشار البناءات الفوضوية و تشويه جمال المدن، كما نتج عنها الكثير من النزاعات القضائية التي كان جهاز العدالة يتصدى لها محاولا تطبيق ما سنه المشرع من نصوص قانونية تعلقت بتنظيم الملكية العقارية الخاصة و في نفس الوقت مراعاة ما آل إليه حال المواطن الجزائري الذي أصبح في الكثير من الحالات عاجزا عن إثبات حقه في الملكية.

و قد حاولت في هذه الدراسة التطرق لأحد أسباب هذه الأزمة المتمثل في تقييد المشرع حرية الأفراد في إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة بضرورة إفراغها في شكل رسمي، و ذلك من خلال معالجة الإشكالية المتعلقة بتحديد التكييف القانوني لهذه الشكلية و الجزاء المترتب على إغفالها و هذا على ضوء النصوص التشريعية الصادرة في هذا الشأن و تطبيقات القضاء لها و من ثم القول ما إذا كان المشرع قد أصاب في معالجة واقع الملكية العقارية الخاصة في الجزائر و في حال العكس اقتراح الحلول التي أراها بديلة لموقف المشرع الحالي.

و من خلال دراستي هذه توصلت إلى جملة من النتائج و التوصيات سأوردها فيما يلي.

أولا: النتائج

1- عرف المشرع الملكية العقارية بموجب المادة 07 من قانون التوجيه العقاري و الملكية العقارية الخاصة بموجب المادة 27 من نفس القانون غير أنه لم يكن موفقا في ذلك

2- إن اشتراط الرسمية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة ارتبط بأسباب تاريخية تعلقت أساسا بالسياسة المتبعة في تنظيم هذا الصنف من أصناف الملكية.

3- قيد المشرع حرية الأفراد في إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة بضرورة إفراغها في شكل رسمي بموجب المادة 12 من الأمر 91/70 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق ثم بموجب المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.

4- تدخل المشرع في تنظيم مسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة باشتراط شكليتي الرسمية و الشهر بموجب المادة 29 من قانون التوجيه العقاري كما جعل من الرسمية شرطا لقبول شهر السند المثبت لحق الملكية بموجب المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

5- يثور الإشكال المتعلق بدور الرسمية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة إذا كنا بصدد دعوى الاستحقاق التي تقتضي من رافعها إثبات صفته كمالك للعقار المطالب به، غير أن هذه الدعوى ليست السبيل الوحيد لحماية الحق في الملكية، لذا يمكن لمالك العقار الذي لا يحوز على سند رسمي يثبت صفته كمالك أن يختار اللجوء إلى رفع غيرها من دعاوى الملكية إذا توافرت شروط ذلك

6- المشرع حسم موقفه بالنسبة لاشتراط الرسمية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة و اعتبارها ركنا لإبرام هذه التصرفات يترتب على تخلفه البطلان المطلق بموجب المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني

7- القضاء حسم موقفه بالنسبة للتكييف القانوني للشكلية الرسمية المقررة بالمادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق و 324 مكرر 01 من القانون المدني بموجب قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 1997/02/18 و اعتبرها ركنا لإبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة يترتب على تخلفه البطلان المطلق.

8- تعد العقود العرفية التي موضوعها تصرفات قانونية ناقلة للملكية العقارية الخاصة و المبرمة بعد 1971/01/01 باطلة بطلانا مطلقا عملا بالمادة 12

مـ ن قـ انون التوثيـ ق و 324 مكـ رر 01 مـ ن القـ انون المـ دني، و مـ ن الخطـ أ أن يـ أمر القضاء بصرف الأطراف أمام الموثق لإفراغها في شكل رسمي.

9- إذا كنـ ا أمـ ام دعـ وى اسـ تحقاق الملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة و تقـ دم المالـ ك لإثبـ ات حقـ ه فـ ي الملكيـ ة بسـ ند عرفـ ي مـ ؤرخ بعـ د 1971/01/01 انتهـ ت دعـ واه بعـ دم القبول لانعدام الصفة باعتبار أن السند المحتج به يعد باطلا و في حكم العدم.

10- قـ رار الغـ رف المجتمعـ ة المـ ؤرخ فـ ي 1997/02/18 و حـ د الاجتهـ اد القضـ ائي و أنهـ ى التبـ اين القـ ائم فـ ي موقـ ف القضـ اء بشـ أن التكييـ ف القـ انوني للشـ كلية المقررة بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.

11- موقـ ف التشـ ريع و القضـ اء مـ ن دور الرسـ مية فـ ي التصـ رفات الناقلـ ة للملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة لـ م يقـ دم حـ لا لأزمـ ة العقـ ار فـ ي الجزائـ ر و لـ م يوقـ ف لجـ وء المواطن الجزائري للتصرف في العقار بعقود عرفية

لذلك أقترح التوصيات التالية

ثانيا: التوصيات

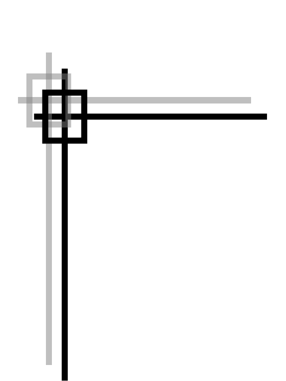
أوصي المشرع بما يلي

1- تعـ ديل نـ ص المـ ادة 07 مـ ن قـ انون التوجيـ ه العقـ اري المتعلقـ ة بتعريـ ف الملكيـ ة العقاريـ ة و تغييـ ر عبـ ارة الثـ روات الغيـ ر مبنيـ ة الـ وارد فيهـ ا بعبـ ارة أبسـ ط و هـ ي العقارات الغير مبنية.أو إلغاء هذا النص و ترك مسألة تحديد هذا المفهوم للفقه.

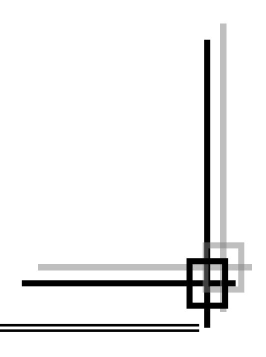
2- تعـ ديل نـ ص المـ ادة 27 مـ ن قـ انون التوجيـ ه العقـ اري المتعلـ ق بتعريـ ف الملكيـ ة العقاريـ ة الخاصـ ة و تغيـ ر مصـ طلحي المـ ال العقـ اري و الحقـ وق العينيـ ة التـ ي وردت فـ ي التعريـ ف كمحـ ل لهـ ذا الصـ نف مـ ن أصـ ناف الملكيـ ة بمصـ طلح العقـ ارات الخاصة أو إلغاء هذا النص و ترك مسألة تحديد هذا المفهوم للفقه.

3- تعديل نص المادتين 324 مكرر 01 من القانون المدني و 29 من قانون التوجيه العقاري، و إطلاق حرية الأفراد في إثبات حقهم في الملكية العقارية الخاصة في المناطق التي لم تخضع بعد لعملية مسح الأراضي و الإبقاء على اشتراط الرسمية في إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة في المناطق التي خضعت لعملية المسح بحيث يبقى الدفتر العقاري الوسيلة الوحيدة لإثبات الحق في الملكية العقارية.

و أخيرا يمكن القول أن المشرع الجزائري لأسباب تاريخية تدخل في مسألة تنظيم الملكية العقارية الخاصة و اشترط الرسمية كركن لإبرام التصرفات الناقلة لها و اشترط لإثباتها تقديم السند الرسمي المشهر و أن القضاء بعد المرور بفترة طويلة من التباين في تفسير و تطبيق ما نص عليه المشرع في هذا الباب استقر بعد قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 1997/02/18 على الالتزام بموقف المشرع، إلا أن الأزمة التي يعرفها العقار في الجزائر لا تزال قائمة الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع من جديد لمعالجة الأمر.و ذلك عن طريق تعديل المادتين 324 مكرر 01 من القانون المدني و 29 من قانون التوجيه العقاري بحيث تسريان فقط إذا تعلق الأمر بعقارات تقع في المناطق التي خضعت لعملية مسح الأراضي العام و أعدت بشأنها بطاقات عقارية




ملحق



قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

I- الكتب

1. أبو السعود، رمضان، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الدليل الكتابي، الدار الجامعية، بيروت، 1994.
2. أبو السعود، رمضان الوجيز في الحقوق العينية الأصلية" أحكامها و مصادرها "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
3. العوضى، عبد الهادي فوزي، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة 2006.
4. العطار، عبد الناصر توفيق، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، مصر بدون سنة طبع.
5. الصدة، عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع.
6. بكوش، يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 1988.
7. بن الشيخ آث ملويا، لحسن، بحوث في القانون، دار هومة، الجزائر، 2003.
8. زروقي، ليلى وحمدي باشا، عمر ، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002.
9. حمدي باشا، عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005.
10. حمدي باشا، عمر، محررات شهر الحيازة" عقد الشهرة- شهادة الحيازة"، دار هومة، الجزائر، 2001.
11. حسنين، محمد ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام الأشخاص و الأموال و الإثبات في القانون المدني الجزائري، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون سنة طبع.
12. يكن، زهدي شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية و الحقوق العينية الغير منقولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.
13. منصور، محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية " الملكية و الحقوق المتفرعة عنها، أسباب الملكية "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
14. ميدي، أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2005.
15. مصطفى، حامد، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني المصري و السوري، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، القاهرة، 1964.

16.نش أت، أحم د ، رس الة الإثب ات، الج زء الأول، الطبع ة الس ابعة، ب دون مك ان طب ع، بدون سنة طبع.
17.س عد، نبي ل إب راهيم و ز ه ران، هم ام محم د محم ود، أص ول الإثب ات ف ي الم واد المدني ة و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2001.
18.عج ة، الجيلال ي، أزم ة العق ار الفلاح ي و مقترح ات تس ويتها م ن ت أميم المل ك الخ اص إلى خوصصة الملك العام،، دار الخلدونية للنسر و التوزيع، الجزائر، 2005.
19. ق دوج، بش ير، النظ ام الق انوني للملكي ة العقاري ة م ن خ لال النص وص الص ادرة م ن س نة 1962ال ى 1999 مدعم ة بق رارات المحكم ة العلي ا،الجزائر: ال ديوان ال وطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية 2003 منقحة، معدلة و مزيدة إلى غاية 2002.
20.ش امة، س ماعين، النظ ام الق انوني للتوجي ه العق اري دراس ة وص فية و تحليلي ة، دار هومة، الجزائر، 2004.

II- النصوص القانونية حسب التسلسل الزمني.

1. المرس وم 15/64الم ؤرخ ف ي 1964/01/20المتعل ق بحري ة المع املات، الجمهوري ة الجزائري ة، جري دة رس مية، ع دد 07، س نة 1964، المع دل و الم تمم بالمرس وم 344/83 الم ؤرخ ف ي 1983/05/21، جري دة رس مية، ع دد 21، س نة 1983.
2. الق انون 93/65 الم ؤرخ ف ي 1965/04/08، المتض من ق انون المالي ة التكميل ي لسنة 1965 الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد32، سنة 1965.
3. الأم ر 102/66 الم ؤرخ ف ي 1966/05/06 المتض من انتق ال الأم لاك الش اغرة للدولة، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 36، سنة 1966.
4. الأم ر 91/70 الم ؤرخ ف ي 1970/12/15 المتض من مهن ة التوثي ق، الجمهوري ة الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 107، سنة 1970.
5. الأم ر 73/71 الم ؤرخ ف ي 71/11/08 المتعل ق بميث اق و ق انون الث ورة الزراعي ة، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 97، سنة 1971.
6. المرس وم 32/73 الم ؤرخ ف ي 1973/01/05 المتعل ق بإثب ات الملكي ة العقاري ة الخاصة، الجمهورية الجزائرية جريدة رسمية، عدد 15، سنة 1973.
7. الأم ر 26/74 الم ؤرخ ف ي 1971/02/20 ال ذي تض من تك وين احتياط ات عقاري ة لصالح البلديات، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 19، سنة 1974.
8. الأم ر 74/75 الم ؤرخ ف ي 1975/11/12 المتض من إع داد مس ح الأراض ي الع ام و تأس يس الس جل العق اري، الجمهوري ة الجزائري ة، جري دة رس مية، ع دد 92، س نة 1975.
9. المرس وم 63/76 الم ؤرخ ف ي 1976/03/25 المتعل ق بتأس يس الس جل العق اري، وق ع في ه اس تدراك، الجمهوري ة الجزائري ة، جري دة رس مية، ع دد 30 و 38، س نة 1976، المع دل و الم تمم بالمرس وم 210/80 الم ؤرخ ف ي 1980/09/13، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية عدد 38، سنة 1980.

10. القانون 01/81 المؤرخ في 1981/02/07 المتعلق بالتنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 6، سنة 1981.
11. المرسوم 352/83 المتعلق بسن إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 21، سنة 1983.
12. القانون 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 34، سنة 1983.
13. المرسوم التنفيذي 724/83 المؤرخ في 1983/12/10 يحدد كيفيات تطبيق القانون 13/83 المؤرخ في 1983/08/13 و المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.
14. القانون 16/84 المؤرخ في 1984/06/30 المتعلق بالأملاك الوطنية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 27، سنة 1984.
15. الأمر 01/85 المؤرخ في 1985/08/13 المحدد انتقاليا لقواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها و حمايتها، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 34، سنة 1985.
16. القانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم، الجمهورية الجزائرية ، جريدة رسمية، عدد 50، سنة 1987.
17. القانون 14/88 المؤرخ في 1988/05/03، المعدل و المتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 18، سنة 1988.
18. القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 53، سنة 1989.
19. القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18المتعلق بالتوجيه العقاري، وقع فيه استدراك، المعدل و المتمم بالأمر 26/95 المؤرخ في 1995/09/26، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد49، 55،سنة 1990 و 55 سنة 1995.
20. القانون 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة و التعمير، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 52، سنة 1990.
21. المرسوم التنفيذي 405/90 المؤرخ في 1990/12/22، يحدد قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير و التنظيم العقاريين الحضريين و تنظيم ذلك، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 56، سنة 1990.

22. المرسوم التنفيذي 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 المتضمن كيفيات إعداد شهادة الحيازة و تسليمها، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 36، سنة 1991.
23. المرسوم التنفيذي 289/92 المؤرخ في 1992/07/08 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية و كيفية اكتسابها، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 55، سنة 1992.
24. المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار، الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 46، سنة 1993.
25. المرسوم التنفيذي 294/94 المؤرخ في 1994/09/25 المتعلق بكيفيات حل و تصفية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 63، سنة 1994.
26. الأمر 03/01 المؤرخ في 2001/08/20، المتعلق بتطوير الاستثمار، الجمهورية الجزائرية،الجريدة الرسمية، عدد 47، سنة 2001.
27. القانون 06/2000 المؤرخ في 2000/12/23 المتضمن قانون المالية لسنة 2001، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 80، سنة 2000.
28. القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 14، سنة 2006.
29. الأمر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 46، سنة 2006.
30. القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 15، سنة 2007.
31. المرسوم التنفيذي 147/08 المؤرخ في 2008/05/19، يتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم شهادات الملكية، الجمهورية الجزائرية، جريدة رسمية، عدد 26، سنة 2008.

III – التقنينات

1. القانون المدني، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية ONTE، الجزائر، طبعة 04، 2005
2. القانون التجاري، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية ONTE، الجزائر، طبعة 04، 2005
3. قانون الإجراءات المدنية، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية ONTE، الجزائر، طبعة 04، 2005
4. قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وزارة العدل، مطبعة دار القصبة للنشر، الجزائر، 2008.

IV - الدوريات و المجلات

1. الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، المحكمة العليا، قسم الوثائق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
2. الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999.
3. الاجتهاد القضائي قرارات المجلس الأعلى، وزارة العدل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
4. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزء 35، رقم 03، دار الحكمة، الجزائر، الجزائر، 1997.
5. المجلة القضائية،المحكمة العليا، قسم المستندات و النشر، العدد الثالث، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990.
6. المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المستندات و النشر، العدد الأول، المؤسسة الجزائرية للطباعة وحدة بن بولعيد، الجزائر، 1992.
7. المجلة القضائية المحكمة العليا، قسم المستندات و النشر العدد الرابع، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.
8. المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997.
9. المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 1999.
10. نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية الوثائق، عدد خاص، مطبعة وزارة العدل، الجزائر 1982.
11. نشرة القضاة، وزارة العدل، مديرية البحث، عدد 51، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997.
12. تطبيقات قضائية في المادة العقارية، وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1995.

ثانيا: باللغة الفرنسية

I-.Livres

1. Capitan, Henri, les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, Paris, 10ème édition, 1994.
2. Jourdain, Patrice, les biens, Dalloz, Delta, Paris, 1995.
3. Planiol, Marcel et Ripert, Georges, Traite pratique de droit civil français, Tome VII, Obligations, Deuxième partie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1931.
4. Schiller, Sophie, Droit des biens, Paris, Dalloz, 2003.
5. Terre, François, Philippe Simler, Droit civil, les biens, Dalloz, Paris, 6ème édition, 2002.
6. Weill, Alex, droit civil, les biens, Dalloz, Paris, 1970.

II-.Encyclopédies juridiques

1. Encyclopédie juridique numérique, code civil Français, Dalloz, Paris, 1999.
2. Encyclopédie juridique, Répertoire droit civil, Tome VIII, Recueil V, Preuve, Dalloz, Paris, Avril 2007.
3. encyclopédie juridique, répertoire droit civil, Tome VIII, Recueil V, Propriété, Dalloz, Paris, Avril 2007.

III- Documents officiels par ordre chronologique

1. Décret n°62/02, du 22/10/1962, instituant des comités de gestion dans les entreprises agricoles vacantes, République algérienne, Journal officiel, Numéro 01, Année 1962.
2. Décret n°62/03.du 23/10/1962, portant réglementation des transactions, ventes, locations, affermages, amodiations, de biens mobiliers et immobiliers, République Algérienne, Journal officiel, Numéro 02, Année 1963.
3. loi n°62-157 du 31/12/1962, tendant à la reconduction jusqu'a nouvel ordre de la législation en vugueur au 31/12/1962, République algérienne, Journal officiel, Numéro 02, Année 1963.

4. -Décret n°63/88, portant réglementation des biens vacants, République algérienne, Journal officiel, Numéro 15, Année 1963.
5. Décret n°63/168, du 09/05/1963 relatif a la mise sous protection de l'Etat des biens mobiliers et immobiliers dont le mode d'acquisition, de gestion, d'exploitation ou d'utilisation est susceptible de troubler l'ordre public ou la paix sociale, République algérienne, Journal officiel, Numéro 30, Année 1963.

IV- Revues

1. Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Université d'Alger, Institut de droit et des sciences administratives Dar al hikma, Alger, V° 35, N° 03, 1997.
2. Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Université d'Alger, Institut de droit et des sciences administratives, Dar al hikma, Alger, V° 35, N° 04, 1997.

IIV- Dictionnaires

Youssef Chlala, dictionnaire français arabe, arabe français droit commerce-finances, établissement al Maaref Alexandrie, sans date d'édition.

الفهرس

ملخص

تتناول هذه الدراسة موضوع الشكلية الرسمية في السندات التي تثبت نقل الملكية العقارية الخاصة حسب التشريع و القضاء الجزائريين و تتضمن بدءا شرحا لمفهوم هذه الأخيرة و لمحة تاريخية عن تنظيمها ثم تتطرق لقواعد الإثبات في دعوى استحقاقها، و أنواع السندات المثبتة لها في ظل التشريع الجزائري.

كما تتعرض الدراسة لتطور التشريع المتعلق بتنظيم نقل الملكية العقارية الخاصة و تطور موقف القضاء من مسألة التكييف القانوني للشكلية الرسمية المقررة بالمادتين 12 من الأمر 91/70 المتضمن مهنة التوثيق و 324 مكرر 01 من القانون المدني كقيد على إبرام التصرفات الناقلة لها مع التعليق على القرار الصادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18 تحت رقم 136156.

R E S U M E

Cette étude traite de la forme authentique dans les titres qui prouvent la mutation de la propriété foncière privée selon la législation et la jurisprudence algériennes. Elle comporte, en premier lieu, une définition du concept de cette propriété et un aperçu historique sur son organisation. Elle examine, également, les règles de preuve et de ses différents titres dans l'action en revendication de la propriété foncière privée d'après la législation algérienne.

L'étude aborde, ensuite, l'évolution de la législation relative a l'organisation de la mutation de la propriété foncière privée et la position de la jurisprudence envers la qualification juridique des articles 12 du décret 70/91 portant organisation du notariat et 324 bis 01 du Code civil comme prérequis a tout acte de transfert de propriété suivi d'un commentaire sur l'arrêt n°136156 du 18/02/1997 des chambres réunies de la Cour suprême.